Background Paper BP-255E

COMPETITION POLICY: VERTICAL MERGERS AND VERTICAL CONTRACTUAL RESTRAINTS OF TRADE

Daniel Shaw
Economics Division

July 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1992

Cat. No. YM32-2-255E

ISBN 0-660-14512-X

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

92-05803/

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION..... 1

HISTORY OF COMPETITION POLICY AND ITS OBJECTIVES..... 3
A. The Mercantilist Era (1500-1800) - The Medieval Tradition..... 3
B. The *Laissez-Faire* Era (1800-1890) - The Liberal Tradition..... 4
C. The Modern Era (Post 1980) - The Consumer Interest Tradition... 6

ECONOMIC THEORIES OF VERTICAL INTREGRATION..... 9
A. Competitive Motivations..... 10
B. Anti-Competitive Motivations..... 11
C. Contractual Alternatives and Economic Welfare..... 12

ECONOMIC THEORIES OF VERTICAL CONTRACTUAL CONTROL..... 13
A. Resale Price Maintenance (RPM)..... 13
B. Exclusive Dealing..... 14
C. Tying Arrangements..... 15
D. Exclusive Territories..... 16

ECONOMIC ANALYSIS OF VERTICAL MERGERS AND CONTRACTUAL RESTRAINTS LAW.. 16
A. The Bureau of Competition and Vertical Mergers..... 19
B. *The Director* v. *The NutraSweet Company* (1991)..... 23
C. *The Director* v. *BBM Bureau of Measurement* (1981)..... 26
D. *The Director* v. *Xerox Canada Inc.* (1991)..... 28
E. *Regina* v. *Epson (Canada) Ltd.* (1987)..... 30
F. *Regina* v. *Shell Canada Products Ltd.* (1989)..... 31

CONCLUSIONS..... 34

REFERENCES..... 36

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

COMPETITION POLICY: VERTICAL MERGERS AND VERTICAL CONTRACTUAL RESTRAINTS OF TRADE

INTRODUCTION

In recent years, the legal status of contractual restraints of trade between manufacturers and distributors has been a centre of controversy. On one side of the debate are economists, who espouse these practices, and on the other side are lawyers, who regard them as being in contempt of competitive motivations. To most economists who have studied organizational institutions, a vertical contractual restraint of trade is often considered to be a contractual equivalent of a vertical merger of two firms, and the fact that it is accorded more hostile legal treatment is found to be disturbing and inconsistent with the relevant economic facts.

In this debate, the lawyers cling to the concept of the right of alienation, which has its origins in early property law, and to a market foreclosure doctrine that regards these restraints as contrary to the spirit of competition. On the other hand, the economists embrace the concept of freedom to contract, and cite the benign motivations of contractual parties that attempt to reduce both transaction and agency costs associated with vertical exchange.(1)

These positions are solidly entrenched, and will likely not come together for some time to come. But a rapprochement is inevitable. The legal status of vertical restraints of trade is best understood in a

---

(1) Transaction costs are defined generally as resource expenditures consumed in the process of allocation. More specific detail is provided later in this paper. Agency costs are defined as resource expenditures incurred by both the principal(s) and agent(s) in trying to reduce to zero any divergence of interest between the parties in a principal-agent relationship; most notable are monitoring costs made by the principal and bonding costs made by the agent.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

historical context, and history is replete with evidence that suggests that competition law gravitates towards conventional wisdom - albeit slowly.

At its inception, Crown law held middlemen activities to be pernicious to competition, but further study suggests these strategies were designed to circumvent the pervasive regulations established by guild associations. Their illegal status merely reflected the interests of these guilds, which suggests that the guilds possessed superior influence over the Sovereign. Whether or not these activities responded to the interests of the populace of the time remains open to debate. Later, common law held these activities and the restrictive covenants that sometimes accompanied them to be superior methods of trade which promoted wider distribution. This change reflected the growing popularity of liberalism. More recent common law has scrutinized these vertical restraints more carefully, categorizing resale price maintenance (RPM) as *per se* illegal, while vertical mergers, exclusive dealing, exclusive territories and tying arrangements are subject to a rule of reason.

All Western industrialized countries have enacted policies against restraint of trade. In particular, the Anglo-Saxon tradition attempts to preserve the principles of equity and economic welfare as its primary objectives. Not surprisingly, both economic and legal advisers agree with the priority assigned to these concerns; their conflict has to do with, among other things, the conditions required to challenge vertical contractual control measures. Economists feel that the courts are too quick in their condemnation and prosecution, and that more study is required of the comparative benefits and costs of "pure" market exchanges and those of their contractually-constrained counterparts. Such investigations usually cast doubt on the ability of a purely price-mediated market exchange to maximize economic welfare. Hybrid forms of exchange, incorporating both command and market features, are often superior in vertically-related circumstances.

The purpose of this paper is to go beyond simple price theory to find competitively-motivated explanations in the economics literature for the use of vertical mergers and contractual restraints. This inquiry will identify features that distinguish these cases from anti-competitive ones, and that can thus be used to help the courts in its

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

task of regulating trade and commerce. The findings should be viewed as complementary to the existing criteria for determining the competitive effects of restrictive covenants, and, it is hoped, will produce more common ground between the two sides on this debate.

HISTORY OF COMPETITION POLICY AND ITS OBJECTIVES

To appreciate this debate, some information on Anglo-Saxon economic history is useful. The evolution of restraint of trade can be divided into three distinct periods: the mercantilist era -- when the medieval regulation of labour and commerce was rampant; the *laissez-faire* era -- when liberalism and free markets were in vogue; and the modern era -- when legislators became active once again. Very approximate dates are provided to demarcate these eras.

A. The Mercantilist Era (1500-1800) - The Medieval Tradition

In medieval times almost all facets of life were regulated either by the church or state. In particular, the medieval guild system enshrined codes of behaviour that restricted competition among suppliers of the same trade by establishing prerequisite training periods for entrants, grading members as apprentices, journeymen or master tradesmen, and regulating labour mobility, outside contracting provisions, post-employment competition, wage scales and prices.

As the secular authority of the church declined throughout the latter part of the medieval period, hastened by Henry VIII's creation of the Anglican church, the English Crown pursued policies of military and economic aggrandizement. Elizabeth I reinforced the guild practices with the enactment of the *Statute of Artificers* (1563), which detailed the enforcement duties of local justices of the peace, aldermen and local administrators. Also, the *Poor Relief Act* (1601) guaranteed a minimum income which was to be paid by the local community to unemployed trade workers. At the national level, monopoly rights given to the favourites and supporters of the Sovereign included those over gunpowder, salt, paper and mineral industries.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Parliament soon began to challenge these special interest privileges in the courts. Common law, as early as 1602 in the case of *Darcy* v. *Allen*, decided that some restrictive covenants violated a basic right of equity. With further conviction, Parliament codified these judgments with the enactment of the *Statute of Monopolies* (1623). This statute effectively abolished royal grants of monopoly, but preserved limited-term patents, customary monopolies of guilds, towns and chartered companies, and new monopolies awarded by Parliament. The first anti-combines legislation was not based entirely on the principles of equity and economic welfare, but in part on the jealousy of Parliament.

In the important common law cases to follow, distinctions were made between voluntary general and voluntary specific restrictions. A general restriction was one that extended throughout the kingdom or indefinitely in time. Specific restrictions were much more limited and often dealt with protection from competition on the sale of a business. The purchaser wanted a guarantee that the seller would not start up a competing firm for a specified period of time after the sale. In *Mitchel* v. *Reynolds* (1711), where Parker C.J. upheld a restraint on the sale of a business, legal distinctions between restraint types were made clear:

> General restraints are all void, whether by bond, covenant or promise, with or without consideration and whether it be of the party's own trade or not. ... Particular constraints ... without consideration are all void by whatever sort of contract created. ... Where a contract for restraint of trade appears to be made upon a good and adequate consideration, so as to make it a proper and useful contract, it is good.(2)

B. The *Laissez-Faire* Era (1800-1890) - The Liberal Tradition

Ultimately, Parliament prevailed over the Sovereign for the right to provide legislation to the Commons. But in the course of the struggle, the enforceability of a sustained monopoly privilege became

---

(2) M. J. Trebilcock, "Restrictive Covenants in the Sale of a Business: An Economic Perspective," *International Review of Law and Economics*, Vol. 4, No. 2, December 1984, p. 139.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

uncertain and, in turn, the shared profits of monopolists and government waned. Under the democratic decision-making process of Parliament, the costs of lobbying by would-be monopolists increased dramatically; without the parliamentary bureaucracy required to administer and enforce these privileges, government revenue-seeking began to shift away from the proceeds of granting monopolies towards commodity taxes and, later, income taxes.

The Industrial Revolution that began in the latter half of the eighteenth century can be distinguished from earlier periods by its new, mass-production technology and its large urban labour force. The period's unprecedented growth of industrial output and demographic changes brought new social, economic and political philosophies. Born in this upheaval was liberalism - a philosophy that maintained moral and political freedom as a social imperative. The notions of "unrestrained competition" and "free trade" as espoused by Adam Smith and David Ricardo would become the means for enhancing moral and political freedom, as well as the economic wealth of the nation. Moreover, the proponents of this philosophy clearly recognized the financial implications for the community of the Poor Relief Laws in the wake of mass-migration to urban centres.

Liberalism carried over to the courts as well. The *laissez-faire* era marked a significant change in the courts' attitude towards restrictive covenants. Conventional thinking now held the right of one's freedom to contract above that of any adequacy of consideration test applied in earlier court decisions. Jessel M.R., in *Printing and Numerical Registering Co.* v. *Sampson* (1875), proclaimed:

> If there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by the courts of justice. Therefore you have this paramount public policy to consider in that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.(3)

---

(3) M. J. Trebilcock, *The Common Law of Restraint of Trade - A Legal and Economic Analysis*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1986, p. 18.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

This logic was also typical of the few vertical contractual restraint cases that appeared about that time. Exclusive dealing practices (where one party to an agreement requires the other to handle its merchandise exclusively) were few, and usually involved railroads that required right of way services. The courts upheld these restraints, and knew full well that the practice was an alternative to vertical integration since many railroads integrated forward into these services themselves.

The early cases of a tying arrangement (where one product could be obtained only with the purchase of a second, different product) involved the practice of "full-line forcing." Ale houses were leased or sold by brewers with the stipulation that the lessee or purchaser buy all his beer from that brewery. In *Catt* v. *Tourle* (1869) this practice was upheld, despite the recognition that it "restricted the publicans in their choice of brewers."(4)

Finally, RPM (where the manufacturer sets both its own and the retailer's price of a product) was practised and upheld by the court at about this time; but it appears that exclusive territory arrangements were not challenged in the courts until well into the twentieth century.

C. The Modern Era (Post 1890) - The Consumer Interest Tradition

One of the most important institutional developments of the nineteenth century was the aggrandizement of private capital in the form of the joint-stock company, from which grew the modern corporation. This organizational form benefited from limitations on personal liability and ease of ownership divisibility and transferability which fostered large-scale operation. However, towards the end of the nineteenth century, the virtues of free competition, in face of increasing corporate scale and concentration, began to fade in the minds of the public. Pressure mounted for the legislative regulation of corporations.

In 1889, Canada adopted its first anti-combines legislation; this made illegal the activities of corporations that conspire, combine or

---

(4) J. E. Fortenberry, "A History of the Antitrust Law of Vertical Practices," in *Research in Law and Economics*, JAI Press Inc., Greenwich, Conn., Vol. II, notes 141 and 155, p. 206 and 208.

agree to lessen competition unduly. Canada's lead was followed in the next year by the United States with the *Sherman Act*, and before the end of the century by Australia and New Zealand. In England, legislation took the form of the *Monopolies and Restrictive Practices Act* of 1948.

The proponents of the anti-combines law knew that some combines were not harmful to competition, but that action was required to protect consumers and small business:

> ... certain combinations of persons engaged in the same lines of trade and business are necessary and proper ... [but some combines] not only ... regulate the prices at which the manufacturers shall sell, but also the prices at which the dealers are bound to sell.(5)

> ... there is necessity in my judgment for intervention to protect the consumers of the country. We have seen in the last few years gigantic institutions and corporations forming combinations to enhance the cost of the necessaries of life, and I see very little distinction between what is called in the criminal law, larceny, and the result of an arrangement which obliges the unfortunate consumer to transfer from his pocket to that of the wealthy producer an unnecessary amount of money in order that he may maintain life.(6)

From these statements we can infer that the equity principle had been rejuvenated in decisions of restraint of trade. Mercantilist competition law was motivated in the interests of preserving the individual's right to work and decided on the basis of adequacy of consideration. Contemporary law, however, maintains one's freedom to contract as was established in the *laissez-faire* era, but refutes contracts on the basis of inequality of bargaining power.

The principle of economic welfare has also been expanded from the mercantilist era. Modern common law better understands the trade-offs between allocative, production and dynamic efficiencies. As in

---

(5) Wallace, *House of Commons Debates*, 29 February 1888, p. 28, in P.K. Gorecki and W. J. Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983*, The Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1984, p. 15.

(6) Mulock, *House of Commons Debates*, 22 April 1889, p. 1440, *Ibid.*, p. 17.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the mercantilist era, the law gives priority to the economic benefits of time-limited patents over the social costs of monopoly. Contemporary law, however, recognizes the social benefits of economies of scale in production (probably not very apparent in the mercantilist era) and other possible economic benefits associated with horizontal and vertical mergers.

In 1986, Canada reformed its competition statute with the enactment of the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*. Under these Acts, adjudication of mergers and abuse of dominant position are conducted under civil rather than criminal law. Civil law affords an interpretation of whether competition is lessened substantially "on the balance of probabilities" rather than "beyond a reasonable doubt." The reduced burden of proof improves the effectiveness of successfully challenging a merger. When combined with the added powers bestowed upon the Director of Investigation and Research (Director) to apply to the Competition Tribunal for a consent order and to issue advance ruling certificates, the focus of reviewable trade practices shifts from litigation to negotiation. In effect, the *Competition Act* empowers the Director to regulate trade and commerce.

It is interesting to note that while the possible inequity considerations of RPM were recognized, the practice was not made illegal in Canada until 1952. Subsequent legal treatment, including section 61 of the *Competition Act*, does not consider any possible distributional efficiencies that might arise from the vertical restraint. RPM is *prima facie* illegal. An exception is made when the dealer uses the manufacturer's product as a loss-leader for promotional purposes (sells the product at a loss to induce sales of other products).

Vertical mergers are reviewable, non-criminal practices (section 92 of the Act), whose legal status is to be determined on the balance of probabilities of factors that include: whether vertical integration is so extensive that potential entrants must enter at both manufacturing (upstream) and retailing (downstream) levels -- the so-called market foreclosure argument; the extent of any barriers preventing new competition from entering the market; the likelihood that one of the merging firms will fail in the absence of the merger; the amount of foreign competition; any efficiency gains; and other relevant factors.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Tying arrangements are covered under section 77 and, like the practices of exclusive dealing and market restriction, are prohibited where they would result in a substantial lessening of competition, including market foreclosure. An exception is made for the use of exclusive dealing and market restriction when they are engaged in for a reasonable period of time to facilitate entry of a new supplier or product into the market. Tied selling is allowed when there is a technological relationship between products, such as between computer hardware and software, or when it is engaged in by a person in the business of lending money to secure loans.

ECONOMIC THEORIES OF VERTICAL INTEGRATION

Vertical integration, by definition, replaces a market exchange by an internal transfer. The allocation process of both types of exchange is governed at the aggregate level by demand and supply conditions. However, vertically-integrated trade tends to dominate market trade in which there are significant transaction costs. Generally, transaction costs refer to resource expenditures consumed in the process of allocation. They are costs-related, directly, to the degree of uncertainty implied in lengthy and complex contracts that may promote inequity through pre-commitment and so increase the costs of non-performance to either party. Transaction costs are costs-related inversely with the decline in number of potential trading parties that may come about with the renewal of existing contracts where there are firm-specific investments in capital or learning-by-doing benefits.

Both situations lend themselves to opportunistic behaviour that can be better controlled by the firm than by contract law. This is because of the firm's rights of ownership over the joint residual profits generated by the assets in question and because more discretion is given to an employer to control unspecified individual actions within an employer-employee relationship than is given to a contractor.

Vertical integration may also yield cost savings by facilitating the flow of information between vertically-related markets, by

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

avoiding price distortions due to monopoly power in vertically-related markets, by increasing the amount of point-of-sales information provided to customers, and by shifting risks to or away from the acquiring firm in a merger. However, vertical integration can have anti-competitive effects by raising entry barriers or facilitating oligopolistic collusion.

A. Competitive Motivations

Automotive companies, such as General Motors and Ford, will vertically integrate backward into the production of automotive component parts when their manufacturing processes, broadly defined, generate specialized, non-patentable expertise and when there would be significant costs associated with switching suppliers. In such cases, the assembler is exposed to the possibility of opportunistic recontracting because the supplier could obtain a first-mover advantage over otherwise potential rivals from cooperative pre-production development with the automotive company. Thus, automotive component parts that require extensive engineering design will generally be manufactured in-house, while other parts are obtained from independent suppliers.

Iron ore producers mine and beneficiate ores that are contained in parent rocks with varying depositional characteristics. Variable rock consolidation, overburden-to-ore ratios and ore grades contained in the host rock will produce variable ore mining and beneficiation costs. These random conditions will likely vary by mine as well as within an open pit, and are often better predicted by the resource extraction firm than the downstream product manufacturer. Consequently, an independent steel company that buys iron ore under long-term, take-or-pay contracts will experience considerable variation in its iron input cost, and subsequently its steel ingot cost. A vertically-integrated steel company, on the other hand, effectively acquires better predictive information beforehand. Subsequently it can mitigate variable iron unit costs by substituting steel scrap in its steel furnace for iron units obtained from the reduction of iron ore, thereby lowering the costs of producing steel ingots.

The Aluminum Company of America in the first half of this century had significant monopolistic power in the production and sale of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

aluminum ingots and milled products in the United States. The company chose to integrate forward into the production of aluminum cookware utensils with its acquisition of Aluminum Cooking Utensils Company and Aluminum Goods Manufacturing Company, whose trademark names were Wear-Ever and Mirro respectively. These acquisitions prevented the two cookware manufacturers, which controlled about 75% of cookware sales before World War II, from substituting cast iron, stainless steel, copper and copper clad stainless steel for aluminum in the production of a skillet, and from substituting glass, ceramics, enamel and tinware for aluminum in the production of pots. In such cases, vertical integration provides a production efficiency to the firm by prohibiting the substitution of competitively-priced inputs for the monopolistically-priced input.

Retailers provide an array of services to their customers, some of which are product specific. These might include technical information about the product, such as performance attributes of an automobile, high-fidelity acoustic attributes of various stereo components, and so on. These services can have an appreciable affect on the demand for the manufacturer's product. Other services are not product specific. They include convenient hours of operation, location, parking, credit card services, and the like. Their impact may be marginal at best. Vertical integration can ensure that an adequate amount of these product-specific services are provided by all retail outlets. Otherwise, discount stores might attempt to lure away clients of full service stores by offering lower prices, and whenever such free-riding is successful, the provision of product-specific services is likely to be unprofitable.

Vertical integration allows risk to be borne by the firm that has the least aversion to risk. Where two vertically-related firms value risk differently, their merger provides a hybrid form of insurance and lowers the overall cost of capital.

B. Anti-Competitive Motivations

Vertical integration can raise entry barriers that can successfully block entry of potential competitors. An entry barrier is created when technological or economic conditions raise the cost to

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

potential entrant firms above that of incumbent firms such that it is unprofitable for the potential competitor to enter the market while incumbent firms are profitable. Vertical integration, in circumstances where a potential competitor must enter at both levels of production, at one of which there is market power, can raise entry barriers when there are: (a) differential rates of efficiency; (b) differential minimum efficient scales; (c) capital market problems; or (d) product differentiation problems.

Vertical integration may facilitate collusion by oligopolistic firms that attempt to instill market discipline and price squeezes or exclude potential rivals. For example, if there is market power at the production stage and there are increasing numbers of firms at the wholesale and retail levels, then a product manufacturer that is party to a collusive agreement can integrate forward to the wholesale stage and thus better detect cheaters and discounters. The fewer the number at the wholesale stage, the greater the risk of detection and the more likely it is that a collusive agreement will survive.

C. Contractual Alternatives and Economic Welfare

The reasons for failure of the market to provide the proper incentive structures, information channels or cost control measures that give rise to some vertical integration situations are not always readily apparent. Some contractual restraint practices can achieve the same efficiencies. For example: consignment sales can shift market risk from downstream sellers to upstream producers; long-term quantity-contingent contracts can mitigate variable input costs; tying arrangements can control to some degree downstream manufacturers' use of a substitute for a monopolized input; RPM, coupled with a policy of refusing to deal with discount retailers, can reward full-service retailers for their point-of-sales services.

These contractual alternatives do not suffer from the managerial dis-economies of scale that arise with internal transfer arrangements. They also stop the firm from incurring increased capital costs by borrowing capital offered at interest rates that rise with the size of the borrowings.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Finally, there is an important caveat concerning the social welfare implications of vertical integration. While the welfare effects of the preceding anti-competitive motivations are obviously negative, not all competitively-motivated restraint practices are positive. The competitive motivations of facilitating the flow of information to reduce uncertainty and the shifting of market risk vertically improve social welfare. On the other hand, when the motivation for vertical integration is to increase point-of-sales services, consumers to whom the added informational service may be worthless, and those who shop more intensively before buying, may be adversely affected. Their losses may outweigh the benefits of others. Similarly, when an input monopolist integrates forward to prevent a competitive downstream sector from substituting for its input, the adverse effects of monopolization of the sector on the price of the downstream product may outweigh gains in production efficiency.

ECONOMIC THEORIES OF VERTICAL CONTRACTUAL CONTROL

A. Resale Price Maintenance (RPM)

The practice of RPM can have both competitive and anti-competitive effects. Its motivation may be to increase the quantities of point-of-sales services, to induce retailers to carry out activities that protect the quality of brand-name products, to coordinate collusive agreements of oligopolistic manufacturers, or to coordinate a retailer cartel's attempt to fix prices and restrict entry.

When the demand for a good is positively correlated with the amount of product-specific promotion or point-of-sales information provided by retailers, RPM can protect the retail margins of full-service retailers from discount retailers who would attempt to attract these newly-informed consumers with low prices. Without this protection, full-service stores might vanish and sales plummet. These conditions are often thought to exist for goods with a high degree of complexity and for new products or existing products with new features - such as automobiles, boats, snowmobiles and stereos.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

When a product, such as beer, has a limited shelf life, RPM can induce retailers to undertake costly activities, such as stock rotation, to preserve the quality of the product. Because this activity is unseen by the consumer, and thus cannot be monitored, a manufacturer's policy to refuse to supply will succeed with retailers who would otherwise attempt to degrade the brand-name quality established by the brewer. Therefore, RPM and refusal-to-supply policies prohibit retailers from free-riding the brand-name quality of perishable products. This logic can easily be extended to include non-perishable products, provided that the retailer's activities to preserve brand-name quality can be monitored better by manufacturers than by consumers.

Finally, RPM can help a retailer cartel coordinate a price-fixing agreement when there are sunk entry costs at the retailer level. An RPM strategy can also assist in the preservation of a manufacturers' cartel by facilitating monitoring of cartel members. This might enable the conspirators to detect cheaters from within the cartel, and thus sustain an agreement that might otherwise be unsustainable.

B. Exclusive Dealing

Exclusive dealing contracts may be an efficient mechanism for protecting the profitability of investments made by manufacturers to enhance the demand for their products. For example, exclusive dealing prohibits insurance agents from offering cheaper, unadvertised insurance policies of other insurance companies to clients who have contacted the agent as a result of the advertising campaign financed by the original insurance company. Also, a fashion designer will sell retailers many fashion lines, only a few of which will be successful. Exclusive dealing agreements can protect the profitability of clothes designers when some retailers are likely to free-ride their fashion suppliers by holding copycat merchandise that sells more cheaply.

In contrast, exclusive dealing can foreclose a retail market to a competitive manufacturer. This can be accomplished if there are two types of consumers - one who values the incumbent's product at a premium and one that values the incumbent's products and those of entrant firms as

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

perfect substitutes and when there are economies of scope at the retail level.(7) Exclusive dealing can, therefore, raise the limit price that forecloses entry of the second manufacturer, because the scope economies of retailers go unrealized. The greater demand for the incumbent's product will sustain these additional costs, but not the entrant's.

C. Tying Arrangements

Tied selling or leasing when there is a complementary relationship between products (such as that between computers and punchcards), and when consumers place different values on the tying good (computer) that are positively correlated with the quantity used of the tied good (punchcards), permits the manufacturer to make more profit from various consumers, depending on their use of the product. By setting a price of the tying good equal to its cost of production and pricing the tied good above its cost of production, the manufacturer can earn differing levels of profit, based on tied good usage, on total sales to each consumer.

When two or more films are viewed as substitutes by consumers, and are sold in a bundle to movie theatre companies, a subtle form of price discrimination between theatre companies can be achieved by the film distributor. Provided that the values the theatre company assigns to these films are inversely correlated with one another, bundling the films is likely to attract a greater number of buyers. Thus, by exploiting the cross-price elasticities of two or more films, a distributor can earn greater profit from bundling films than from pricing and selling them separately.

Where consumers value two somewhat related products or services differently, such as audit and managerial advisory services, but where these values are positively correlated with one another, the strategic bundling of the two services can have anti-competitive effects.

---

(7) Economies of scope are defined as factors that make it cheaper to produce a range of related products than to produce any of the individual products on their own. Economies of scope at the retail level provide a base for product diversification.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

If large, oligopolistic accounting firms tie their auditing services to their managerial advisory services, they can price the bundle at a relatively high price and sell only to those consumers who place a high value on both services. Smaller, more competitively organized auditing firms are then left to split the remaining market, which is highly populated with consumers who place little value on their services. This market separation technique may very well lead some firms to leave the market or possibly bar entry to potential auditing firms.

D. Exclusive Territories

Territorial restrictions involve assigning consumers in certain geographic areas to specified retailers. In general, this in itself is not considered to lead to monopoly power but may be used as an efficient means of capturing monopoly profits for a manufacturers' cartel when transportation costs are significant.

Territorial restrictions can have competitive effects as well. They may be used to better secure the profits of a retailer who has incurred sunk costs in the establishment of services related to the manufacturer's product. In this case, territorial restrictions prevent the manufacturer from later establishing a retail outlet nearby that could free-ride the brand-name capital that the retailer had helped build.

ECONOMIC ANALYSIS OF VERTICAL MERGERS AND CONTRACTUAL RESTRAINTS LAW

From the preceding analysis, it would appear that the courts should apply a rule of reason when considering the competitive effects of vertical mergers and their contractual equivalents. But such a conclusion would be premature. A rule of reason entails considerable costs relating to the uncertainty about the adjudicative competence of courts and tribunals, and to the length of proceedings. Thus contesting parties are subjected to more costs than would be caused by a *per se* legal or a *per se* illegal rule. Consequently, a conclusive assessment of the appropriate legal status of vertical mergers and vertical contractual restraints can be

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

made only when theoretical grounds are complemented by exhaustive analyses of case studies.

Obviously, both *per se* rules and rules of reason are subject to error. But when competent jurisprudence carefully weighs opposing economic theories and evidence, a prudently-crafted competition law should be able to minimize the magnitudes of such errors. When it cannot, complementary approaches, such as fiscal policies promoting industry entry, regulation, public ownership, or a free trade policy, should be considered.

On this last point, there has been much debate on the effectiveness of the country's *Competition Act*, particularly as it concerns mergers. Here, the facts are straightforward. Since the adoption of the *Combines Investigation Act* in 1910, there has not been one successful conviction in eight contested merger cases. In one case, the defendants pleaded guilty. In another, a prohibition order was obtained that prevented the acquiring firm from obtaining an interest in one of its rivals. The obvious weakness of the merger provisions of Canada's second competition legislation is probably the dominant reason why only eight merger cases were brought to court in 75 years.

These few contested cases stand in stark contrast to the number of mergers. For example, in 1960 there were over 203 reported mergers, while in 1985 there were 712. In the 1960s, the annual number of mergers averaged 253; in the 1970s it averaged 382, and finally, in the first six years of the 1980s it averaged 577.(8)

These grim prospects for contesting a merger have a significant bearing on the effectiveness of the Act in curtailing anti-competitive vertical contractual restraints. Clearly, when transaction costs are not prohibitive and when the business community does not fear the consequence of a legal inquiry into a merger, manufacturing firms will choose to merge with their suppliers and/or distributors to avoid the more punitive repercussions of the Act as it pertains to vertical contractual restraints. In effect, the business community, in its continuing quest for greater profit,

---

(8) Director of Investigation and Research, *Annual Report 1989*, Consumer and Corporate Affairs Canada, p. 47.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

will change its preferred practices in order to circumvent the stronger provisions of the Act.

This also suggests that court cases that deal with RPM, exclusive dealing, tied selling and restrictive territories will most probably be few, and may also be mostly competitively motivated and not deserving of inquiry. Only when transaction costs are high will anti-competitive cases arise in this context. Given weak merger provisions, a *per se* legal status of vertical contractual restraints begins to look appealing.

Reform of Canada's original competition law and its amendments was debated for more than three decades before the new law came into effect in 1986. At this time, five years after the adoption of the *Competition Act*, it is appropriate to evaluate the Act on normative and positive economic grounds.

An overview of the Bureau of Competition Policy's record in dealing with vertical contractual constraints will follow. Also, five contractual restraint cases will be discussed: one dealing with exclusive dealing, two with tied selling, and two with RPM. Three of them were conducted under the *Competition Act* of 1986.

Excluding RPM, these cases represent a substantial portion of the jurisprudence on vertical contractual restraints in Canada. There have been in all only three Canadian cases of exclusive dealing. In addition to the one studied here, there was an inquiry into the oil industry that involved many anti-competitive charges beyond the scope of this study, and there was a case against Bombardier Ltd. which the Director lost on grounds of ease of entry at the retail level. One recent notable case of tied selling involving Chrysler Canada (1988) is not studied here but is similar, both in terms of the issues raised and the decision taken, to the Xerox case, which is reviewed below. Restrictive territories practices on their own have not played any significant role in Canadian competition law.

On the other hand, there are numerous cases dealing with RPM and Refusal to Deal on the grounds of not complying with an RPM practice. There were 83 convictions of 108 RPM cases brought to trial between 1952

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

and 1983.(9) Between 1986 and 1989, there were 24 convictions out of 47 cases decided.

A. The Bureau of Competition Policy and Vertical Mergers

The merger provisions of the new *Competition Act* better reflect Parliament's original concerns about combines. Inherently, mergers are neither good nor bad. Their adjudication is now conducted under the civil jurisdiction of the Competition Tribunal, which considers their likely impact on competition. The Tribunal has a myriad of remedies to choose from when considering a potentially harmful merger; these include divestiture of assets and shares, modification of the proposed merger, or an outright prohibition of the merger.

In March 1991, the Director released Canada's Merger Enforcement Guidelines. In terms of vertical mergers, the guidelines indicate that concerns about competition will be raised in two circumstances: (a) when a vertical merger would eliminate an independent upstream source of supply or downstream distribution outlet and leave only a small amount of unintegrated capacity at either of the stages at which the acquirer or the acquiree operates; and (b) when upstream interdependence is facilitated by forward integration into retail.

In the first circumstance, the Director is concerned about a merger that would be likely to increase barriers to entry. In general, this happens when the small percentage of unintegrated capacity at one stage makes it necessary for a potential competitor at one stage to enter at an other stage as well. Where such simultaneous entry would involve greater sunk costs than entry to one market alone, barriers to entry may be raised. From an operational point of view, for the Director to let a merger proceed, he or she must be satisfied that: (a) the resulting need to enter the secondary market simultaneously would not render unlikely entry into the primary market on a scale sufficient to eliminate a material price increase within two years; and (b) the exercise of market power in

---

(9) Gorecki and Stanbury (1984), Appendix B, Table 4B, p. 213.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the primary market is not likely to be facilitated by the merger in the absence of such entry.

In the second circumstance, the Director is concerned about a merger that results in, or increases, an existing high degree of vertical integration between an upstream market and a downstream retail market whereby firms in the upstream market can more easily monitor rivals' prices at that level and thus act more interdependently. From an operational point of view, the Director is to consider the merger benign to competition unless: (a) the prices at which transactions are actually made at the retail level are more visible than prices at which upstream transactions are actually made; (b) conditions in the upstream market are otherwise conducive to the interdependent exercise of market power; and (c) the percentage of upstream output that is sold through unintegrated firms is so low that post-merger sales to firms on concealable terms would not likely result in preventing a material price increase from being imposed and maintained for two years.

When any of these circumstances exist, the inquiry will expand to consider factors such as market shares or concentration, the existence of foreign competition, the likelihood of business failure, the availability of substitutes, barriers to entry, the effective remaining competition, and, probably the most important, efficiency gains.

Table 1 illustrates the pronounced increase in the activity level and effectiveness of the *Competition Act* compared to its predecessor Act. Taking the year 1989 as an example, the Bureau of Competition Policy investigated about 18% of reported mergers, of which 90% of of those concluded were determined to pose no threat to competition under the Act. The Bureau of Competition Policy restructured four of these mergers, referred another four to the Tribunal and continues to monitor 10. Another two mergers were abandoned by the proponents as a result of the position taken by the Director. Since the Act came into force, the Director has thwarted seven mergers and restructured eight others. Thus far, the Director has had an impact on 3% of the 710 mergers investigated and concluded, and continues to have an impact on another 6% of these cases through its ability to monitor post-merger developments.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE 1

MERGER ACTIVITY UNDER THE *COMPETITION ACT*
STATISTICAL SUMMARY

	1986-87[1]	1987-88	1988-89	1989-90	1990-91[2]
Reported Mergers[3]	938	1,082	1,053	1,091	n.a.
Examinations Commenced[4]	40	146	191	219	144
Examinations Concluded:					
- Posed No Issue Under Act	17	120	166	204	134
- Monitoring Only	5	7	10	13	10
- Pre-Closing Restructuring	-	2	1	-	-
- Post-Closing Restructuring	1	2	3	1	-
- Consent Order	-	-	-	3	-
- Parties Abandoned Merger	3	2	2	2	2
- Examinations Concluded	26	133	182	223	146
- Examinations Ongoing	14	25	32	31	40
Applications Before Tribunal					
- Concluded[5]	1	-	2	3	-
- Ongoing	-	2	2	1	2
- Intent to File	-	-	2	-	-

[1] period beginning June 19, 1986;

[2] period ending December 20, 1990;

[3] published reports of acquisitions that appear in financial and daily press and trade publications in the calender year;

[4] more than two days review;

[5] included in examinations concluded.

Source: *Canadian Competition Policy Record*, Vol. 11, No. 4, December 1990, p. 10.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A review of the mergers currently being monitored by the Bureau of Competition Policy or those that were either restructured or abandoned makes it apparent that they were all horizontal mergers, so that the Director would seem to have had no direct impact on vertical mergers.

According to the Director's annual reports since 1986, the Director mentioned only one vertical merger. This involved the acquisition of Gormley Aggregates Limited (GAL) by Lake Ontario Cement Limited (LOCL). LOCL operates a cement plant in Picton, Ontario, and numerous ready-mix concrete-related construction products facilities in the major population centres of Ontario. LOCL also operates a major construction aggregates facility in Wingham, Ontario, and holds a minority position in United Aggregates Limited near Brampton, Ontario. The target company, GAL, operates a number of stone quarries and sand and gravel aggregate pits located northeast of Toronto, Ontario.

The Director concluded that there was no evidence to suggest that LOCL was likely to withhold aggregate from independent concrete producers. The Director was also satisfied that a new entrant into the Ontario cement market would not have to integrate into aggregate production in order to compete with its incumbent cement producers. Therefore, the Director allowed the merger to proceed as planned.

Because reported mergers do not indicate whether a merger is horizontal or vertical, the Director's vigilance in preserving and enhancing competition when it comes to vertical mergers cannot be established. But one inference is possible. The new Act is a better tool to regulate commerce, particularly with regard to mergers. The powers given to the Director and the subsequent jurisprudence indicate that the *Competition Act* has corrected the previously noted deficiency of its predecessor and that, consequently, the Director does indirectly influence vertical merger behaviour.

The *Combines Investigation Act* of 1910 provided the business community the opportunity to circumvent the provisions dealing with vertical restraint covenants. Because of the changes introduced with the *Competition Act*, vertical contractual restraint cases are likely to be more prevalent, with the bulk of the increase being anti-competitive cases. The

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

only question remaining is: does the Bureau of Competition Policy have the necessary resources, and has it put into place effective enforcement procedures to deal with the increased workload?

B. *The Director of Investigation and Research* v. *The NutraSweet Company* (1991)

The Director filed a notice of application under sections 79 (abuse of dominant position) and 77 (exclusive dealing and tied selling) of the *Competition Act* to prohibit The NutraSweet Company (NutraSweet) from using certain business practices alleged to be contrary to these sections. The business practice discussed in this paper is exclusive dealing.

NutraSweet is a major producer of the high-intensity sweetener aspartame, which is marketed under the brand-name of NutraSweet. The company operates two plants in the United States with a combined annual capacity of 5,400 tonnes, and also obtains supplies from two other manufacturers to bridge the shortfall of its capacity to sales until its third plant comes on-stream in 1992. NutraSweet's Canadian and United Kingdom patents expired in 1987, but are not due to expire in the United States and Australia until late 1992.

Aspartame production involves several steps. Each (or several combined, depending on the technology) is subject to patents held by different firms. Evidence provided and confirmed by NutraSweet indicates that there are significant economies of scale and sunk costs required for production. Although there had been more in the past, in 1989 there was only one other producer of aspartame remaining to compete with NutraSweet in European and Canadian markets. This was the Holland Sweetener Company, which operates a 500-tonnes per annum plant in Holland.

Worldwide sales of aspartame in 1989 were about 7,500 tonnes, with the United States accounting for 75%, Europe, 15%, Canada, 5%, and Australia accounting for most of the remaining 5%. NutraSweet, the sole firm with sales in the United States and Australia, holds market shares of sales in Canada and Europe of 95% and 80%, respectively. Sweetener consumption is divided between table-top and industrial use. Household and restaurants make up the former group, and in 1988 accounted

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

for 3% and 29% of aspartame and overall sweetener sales in North America, respectively. The latter group is primarily composed of soft drink producers and accounts for 85% of industrial demand in North America.

From a taste point of view, aspartame is considered to be the closest substitute for sugar. However, it loses sweetness when heated. On the other hand, saccharin is the least expensive sweetener by far, on a sweetness equivalency basis, but has an unpleasant bitter aftertaste and is considered to pose some potential health risks. Because of aspartame's loss in sweetness with the storage of soft drinks, fountain drink producers prefer to blend both sweeteners in their diet products. This also provides synergistic increases in perceived sweetness. Furthermore, blending more than one high-intensity sweetener provides users with the opportunity to reduce their costs.

No formal proof of the potential health risk posed by saccharin was offered the Tribunal. However, officials from both Coca-Cola Ltd. (Coke) and Pepsi-Cola Ltd. (Pepsi) expressed a reluctance to remove NutraSweet's logo from their diet products. NutraSweet offered "fidelity rebates" to customers that displayed its swirl logo. Estimates suggest that these and other promotion rebates that are conditional on exclusive use of NutraSweet aspartame were at times equivalent to 40% of its list price. Both officials stated that NutraSweet-conducted research showed that some diet consumers feel that the logo indicates a safer product.

In fact, the history of the adoption of NutraSweet's logo sheds light on fountain drink producers' insistence on maintaining that logo. When aspartame was approved for use in carbonated drinks in the United States in 1983, Coke initially chose to use a mixture of aspartame and saccharin, while Pepsi opted to use aspartame alone and to display the NutraSweet logo on its containers. Within months Coke followed.

The Tribunal concluded that:

> ... there are very serious barriers to the entry of new manufacturers of aspartame other than NSC [NutraSweet]. Entry is difficult because would-be entrants who hope to obtain production costs comparable to those of NSC face barriers in the form of patent portfolios of existing producers, significant economies of scale

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> relative to existing world demand for aspartame and sunk costs that increase the risk of entry. ... NSC has induced exclusive dealing with its aspartame customers through its financial incentives or fidelity rebates, and its exclusivity clauses. These inducements amounted to a practice. NSC is a major supplier and this exclusive dealing has lessened, and is likely to lessen, competition substantially.(10)

While the Tribunal concluded that the aspartame production portfolios formed a barrier to entry, an alternative conclusion could have been drawn. Since NutraSweet was required to obtain these patent licences before it began production, there appears to be little evidence to suggest that a barrier to entry was so formed (see definition provided earlier).

An alternative market foreclosure explanation was suggested previously. Clearly, there are two types of consumers of diet soft drinks. Some value a diet cola with aspartame alone more than a cola that contains blends of sweeteners that include saccharin; other consumers are indifferent to the matter. Whether or not aspartame is safer than saccharin is not the critical issue. Rather, it is the customer's perception of these substitutes that matters most to Coke and Pepsi. The fact that Coke officials removed saccharin from their product and put the NutraSweet logo on its containers (and not the other way around) is evidence of this.

Economies of scope do exist at the soft drink production stage, as is suggested by the perceived sweeter taste of diet soft drinks in which aspartame is blended with the cheaper sweetener saccharin. An exclusive dealing arrangement executed through the trademark logo of NutraSweet can raise the limit price of NutraSweet aspartame so as to impede entry of potential aspartame producers and saccharin producers into the market. Potential economies of scope go unrealized - something NutraSweet aspartame can sustain, but others cannot.

---

(10) *Canada (Director of Investigation and Research)* v. *The NutraSweet Co.* (1991), 32 C.P.R. (3d) 1.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. *The Director of Investigation and Research* v. *BBM Bureau of Measurement* (1981)

The Director brought an application under section 31.4 of the *Combines Investigation Act* to prohibit BBM Bureau of Measurement (BBM) from engaging in tied selling of radio and television audience measurement services. The Director alleged that the pure bundling strategy offered to advertisers and the mixed bundling strategy offered to station representatives, which conferred a substantial discount for the purchase of a second report, constituted two tying arrangements which had the effect of lessening competition substantially because they raised entry barriers to newcomers in the business of broadcast audience measurement. The Director also alleged that these tie-ins impeded the expansion of sales of BBM's sole competitor in this business in Canada, A.C. Nielsen Company of Canada Limited (Nielsen).

BBM had been the sole supplier of local and national radio audience data on a regular basis in all provinces of Canada since 1963. It also provides television audience data in all provinces. BBM is a non-profit association of members which comprises three types of consumers. The consumer cooperative is managed by a Board of Directors consisting of 28 members; they and the executive officers serve without pay. Members pay an annual membership fee based on their combined billings or expenditures for radio and television advertising of the previous year.

The three consumer types are advertisers, station representatives and advertising agencies. An advertiser whose 1980 expenditures on radio and television advertising combined were $5-6 million paid $6,420 in 1981 for both reports. A station representative in the $6-8 million category received either radio or television reports for a membership fee of $2,730 and reports of both for $3,370.

Evidence indicates that Nielsen had experienced growing losses from operations throughout the 1970s. BBM has a monopoly in radio data, but shared the market with Nielsen in television data. More specifically, of the 113 agencies purchasing television audience measurement reports, 88 purchased from BBM only, 13 purchased from Nielsen only, and 12 purchased from both. Of the top ten agencies that purchased from BBM, one

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

purchased from Nielsen... Of the top 20 agencies that purchased from BBM, nine purchased from Nielsen. The products of the two companies were slightly different, although each claimed to be superior.

The Restrictive Trade Practices Commission (the Tribunal's predecessor) found that BBM was engaged in the practice of tied selling within the meaning of section 31.4 of the Act. The Commission prohibited BBM from engaging in tied selling of radio and television audience measurement services and from engaging in 11 specifically enumerated practices.

Obviously, the Commission realized from the outset that the claim that BBM was a consumer cooperative, which has no incentive to gouge its own members, was a "smoke screen." Because these types of services have a high fixed cost component, marketing policies that attract wider membership will reduce average costs and thus membership fees to existing members. There is nothing anti-competitive or inequitable about adopting marketing strategies to overcome these problems. The central question is: did the tying of television audience measurement reports to the monopolized radio audience measurement reports adversely affect the competitive performance of the television audience measurement industry? The answer is yes. The tying arrangement had the potential to reduce the duopoly to a monopoly. Those consumers who preferred to buy the differentiated television audience reports offered by Nielsen were adversely affected.

More specifically, BBM established two different types of tie-in selling policies, a pure bundle and a mixed bundle, which were based on consumer types. Also, the prices charged for these different services were graduated according to the advertiser's ability to pay. From a social welfare point of view, neither policy is objectionable. They are both merely a subtle form of price discrimination which, in most circumstances, is likely to promote, rather than stifle, competition.

However, in this case the evidence indicates that consumers' demand for either radio or television audience report services is positively correlated to demand for the other. Therefore, it is likely that BBM's tie-in sale would have prevented Nielsen from gaining enough market share to make a profit. The tie-in policy would effectively skim off most of the high-paying customers for television audience measurement services,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

leaving a small number of potential consumers willing to pay only low prices for Nielsen's services. Ultimately, this had the potential to ruin Nielsen so that the market would eventually have been reduced to a monopoly. Consumers who would have preferred to receive Nielsen's report services would have been forced to acquire BBM's report services.

D. *The Director of Investigation and Research* v. *Xerox Canada Inc.* (1991)

The Director brought an application seeking an order to require Xerox Canada Inc. (Xerox) to accept Exdos Corporation (Exdos) as a customer for the supply of Xerox copier parts under section 75 (refusal to supply) of the *Competition Act*. This application was in response to a policy begun in August 1988 by Xerox, but originating with Xerox Corp. (U.S.), to curtail its supply of parts to independent service organizations (ISOs) for the second-hand market in Xerox copiers.

In 1983, Exdos entered into a one-year contract with Xerox, extended indefinitely, to purchase exclusively from Xerox certain photocopiers (all types prior to its 10-series) and photocopier parts at specified list prices. Previously, it had been Xerox's policy either to scrap such machines or to refurbish them to an "as new" condition for resale.

Almost from the beginning, Exdos began purchasing second-hand copiers from other sources (chiefly finance companies). At this time, other ISOs entered the market as well. Xerox clearly recognized that this uncontrollable source of second-hand Xerox copiers adversely affected the sale of its newer models, but knew it could do nothing about it.

To further separate the markets for new photocopiers, Xerox adopted three maintenance and service agreements with those that bought or leased its products: (1) a full service maintenance agreement, where an annual lump-sum is paid plus an amount per copy produced by the machine; (2) a time and materials service agreement; and (3) a parts agreement where an employee of the customer is trained by Xerox to service its machines. Ninety-five percent of customers chose the first option. Evidence provided

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

to the Competition Tribunal demonstrated that Xerox parts were priced 198% to 951%, with the median 389%, more than parts from two equivalent copiers. Despite this, in 1989 Xerox dominated the high-volume end of the market with a 90% share; it held 50% and 33% market shares of medium- and low-volume copier models but did not compete in the personal copier market.

By 1988, Xerox 10-series and its newer 9000 models were available to ISOs in the second-hand market. Canadian ISOs' service contracts easily undercut Xerox's service agreements in both Canada and the United States. In 1988, Xerox put in place a policy that would have Xerox parts supplied only to end-users of its 10-series and 9000 copier models, but left parts for its pre-1983 models available for supply to ISOs. This policy was enforced regardless of whether the end-user or the ISO owned the copier.

In considering this application, the Tribunal had no problem establishing that the parts in question were in adequate supply, that Exdos was willing to abide by the usual trade terms, that Exdos was unable to obtain adequate supply, and that Exdos' business was substantially affected. The final competition issue under section 75 was that of market definition. Should the relevant market be narrowly defined to include only Xerox copier parts, thereby establishing Xerox as a monopolist, or should it be broadly defined to include products and services of Xerox's competitors in a vertically-integrated market of copiers and parts and services?

The Tribunal chose the former definition. Subsequently, the Tribunal ordered Xerox to accept Exdos as a customer for all but its newest 50-series copiers and any new models not yet introduced.

Questions can be raised about the validity of this decision. This case reflects the situation where a firm was employing a tying arrangement as a subtle form of price discrimination, which enhances competition. Xerox was pricing its photocopiers according to its economic cost, and was charging monopolistic prices for its parts and service, as the evidence indicated. Therefore, Xerox was earning differential rates of profit on total sales to different consumers and somewhat according to the number of photocopies made.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The product market that is relevant for section 75 purposes should be determined by reference to the market in which Xerox competes, as was clearly stated by Xerox's economic expert:

> ... the relevant competition is not that for Xerox proprietary parts, but among the providers of photocopying services, of which there are many. ... To argue that the market is Xerox ignores the manner in which consumers make decisions. End-users (those who want photocopying services) are not indifferent to the prices of Xerox parts since ultimately that price, whether explicit or implicit, is a component of the cost per copy. Competition among providers of photocopying services in the cost per copy provides discipline in the market for parts.(11)

By choosing to supply parts to end-users alone, and by by-passing ISOs, Xerox was vertically integrating its parts through its own service technicians by way of contract. The benefit of a vertically-integrated structure for Xerox was in the form of added revenues to defray research and development costs. In this way, an efficient distribution system is consistent with production efficiency, as well as dynamic efficiency. The suppression of competition and choice in the copier service market succeeds at expanding competition and choice in the photocopier equipment market. In the long run, consumers benefit from lower unit photocopy costs and a wider choice of high quality photocopiers.

E. *Regina* v. *Epson (Canada) Ltd.* (1987)

The accused was charged, pleaded guilty and was convicted of 10 counts of violating section 38.1 of the *Combines Investigation Act* relating to issuing threats to refuse supply to distributors that did not maintain the suggested retail price on its advertised products, in particular its QX-10 computer and its matrix dot printer.

The company's computer printer was a leader in the industry. It was one of the first on the market with a high degree of reliability and accounted for almost all of Epson sales, which in 1984 and 1985

---

(11) *Canada (Director of Investigation and Research* v. *Xerox Canada Inc.*, (1991), 33 C.P.R. 3(d) 83.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

were $26 million and $40 million, respectively. The printer is estimated to account for one-third of industry sales in Canada. Competitive manufacturers were few and sales of the second largest were half of Epson's.

The company decided to introduce the QX-10 computer to its existing dealers, but wished to ensure that these provided the public with adequate pre-sales advice and assistance, because the product was both new and complicated. Epson required dealers to sign a certified dealership agreement containing the following sentence: "Dealer agrees not to advertise the QX-10 for sale at a price lower than the Supplier's suggested Retail Price."(12) Forty dealers signed this contract, which was in force for some six to seven months. A similar agreement was in force for four months between Epson and the 222 distributors of its printer. Finally, Epson found that some of its distributors were advertising at below the suggested retail price. Epson threatened either to cancel the authorized dealership or to refuse supply in periods of high demand.

Plainly, the Court did not recognize the point-of-sales information argument for RPM as a legitimate defence. As the summary below indicates the Court continued to rely on simple price theory to explain what is competitive and what is not.

> The company dominated the printer market and dealers clamoured to be authorized to sell the company's product. To take advantage of that situation by bullying the dealers into agreeing not to engage in competitive advertising is obviously contrary to the public interest.(13)

F. *Regina* v. *Shell Canada Products Ltd.* (1989)

The accused was charged with influencing upward the price of gasoline at a gas bar/car wash in contravention of the RPM section of the *Competition Act*. The Jet Car Wash (JCW) was acquired by Regatta Investments Limited in 1985 and obtained its gasoline products on consignment

---

(12) *Regina* v. *Epson (Canada) Ltd.*, (1987), 19 C.P.R.(3d) 195, p. 196 (Ont. Dist. Ct.).

(13) *Ibid.*, p. 199.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

from Shell Canada Products Ltd. (Shell). At that time, JCW leased its premises to Shell and priced its gasoline at the pumps under the direction of Shell.

By April 1986, Shell changed its pricing system from consignment to rack pricing. The effect of this change was to require JCW to pay $30,000 for the fill-up of its storage tanks upon delivery. Shell did offer JCW the necessary financing, and subsequently JCW was free to set its retail price for gasoline. Shell had also stated on several occasions that it would ensure a consistent retail margin, proportional to the final retail price, to all its retail outlets in the event of a price war. Shell insisted that its retail outlets should not and would not start a price war.

JCW was a full-service station located some distance off Portage Avenue in Winnipeg, Manitoba. Shell had erected a sign advertising JWC's gasoline price to Portage Avenue motorists, but, because of its inconvenient location, JCW did not attract many of these customers. JCW relied primarily on its car wash clients to fill up at its station. This dependence, however, made the gas station susceptible to reduced demand on rainy days. Accordingly, with its newly-acquired discretionary power to set its price of gasoline, JCW management chose to reduce prices on such days.

Approximately one hour after reducing this price for the first time a representative of Shell phoned JCW to inquire about its retail price and made a second phone call later that same day, telling JCW's manager that Shell felt that the price reduction would likely initiate a price war, which apparently could have involved 30 independent retail outlets in the immediate area. The Shell representative instructed JCW to raise its price by 5 p.m. that day. JCW's manager, without permission from its owner, raised its advertised price from 43.4 cents a litre to 45.4 cents, the same price charged by its full-service competitor station across the street. The following Monday, JCW was told to raise its price to 45.8 cents. The manager complied, and the owner eventually complained to the Bureau of Competition Policy.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Shell corporate documents provided by the Crown also confirmed that the rack pricing system was a corporate policy enabling Shell, in part, to establish RPM in the event of a price war as evidenced by:

> ... in order to administer the current price support system in automotive, we have found it necessary to rely upon dealers' assessment of competitive pricing. At the same time; the dealers have relatively fixed unit margins and stand to gain by dropping pump prices. This obvious conflict of interests has undoubtedly resulted from time to time in dealer initiated price wars in which the only casualty is the supplier - Shell.(14)

The Court concluded that the conduct of the Shell representative constituted intimidation that could, in the mind of the JCW manager, be followed by a revocation of its lease. It was proved that this further constituted an attempt to influence upward the retail price of gasoline.

In determining whether RPM promoted or stifled competition in this case, one must first consider how the interests of JCW conflicted with those of its competitive retailers and those of Shell. In most circumstances, retailers gain only for a short time in a price war. Over the long run they all lose. This fact, more than any other, prevents retailers from initiating a price war. Under these conditions, the interests of JCW, competitive retailers, and Shell are the same.

In some circumstances, however, this similarity of interest may not exist. For example, retailers facing different demand conditions may benefit from initiating a price war; JCW is one such case. Because of the complementary relationship between car washes and gas sales, it was optimal for JCW to set two prices for its gasoline, depending on the weather. Regardless of whether JCW's competitors matched these price reductions on rainy days, JCW would gain market share. By lowering prices on rainy days, Portage Street motorists would shift their preferred gas fill-up times from good-weather days to rainy days. Consequently, JCW

---

(14) *Regina* v. *Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R.(3d) 501, p. 508 (Man. Q.B.).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

would attract greater sales and profits over the year from "rainy day price wars," while its competitors would lose.

What is not clear from this case is how long the price war would have lasted had Shell not snuffed it out in its infancy. Had it taken considerable time for prices to re-order themselves to their previous rainy daily levels, it might have appeared that consumers were benefiting from this war. However, a lower retail margin for all full-service stations caught in a price war would eventually have forced them to reduce service levels or, in the alternative, forced some to install self-serve gas facilities or to leave the market entirely. In this eventuality, some consumers would have lost.

In defence of its profits, Shell could choose from three types of vertical structure. It could merge with JCW; it could return to its consignment selling relationship with JCW; or it could institute an RPM marketing strategy. Anyone of these three actions could eliminate these "rainy day price wars." From society's point of view, the strategy involving the lowest transaction costs is the optimal choice, and, in this regard, the interests of society and Shell are the same. Therefore, Shell's choice to invoke an RPM strategy promotes competition. Again, restraining intra-brand competition promotes inter-brand competition.

CONCLUSIONS

The evolution of competition policy provides interesting insights into the economic content of the law, and the assumptions of legal practitioners. One clear message from such studies is that competition policy is not static, it adapts to human conditions. Not surprisingly, however, the speed of this adaptation is slow. Contemporary competition policy embodies a fair understanding of price theory and industrial organizational issues of entry barriers, sunk costs, and predatory and conspiratory behaviour; however, it trails economic theory most notably in terms of the vertical organizational relationships of firms and markets.

The changes to competition policy introduced in 1986 were an important step in reducing the gap between economic theories of mergers and

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pragmatic competition enforcement. Unfortunately, legislators did not seize the opportunity to modify the Act's reviewable, non-criminal provisions relating to vertical contractual restraints. This is likely to result in a proliferation of vertical contractual restraint cases as the business community realigns its practices from ownership towards spot and long-term contracts. A casualty of this realignment will be vertical restraint measures that promote competition. They will likely be lumped together with anti-competitive cases by the Director and Tribunal and categorized as pernicious to competition because the law does not incorporate criteria that can distinguish between the two.

This paper offers an alternative explanation for the anti-competitive use of an exclusive contract arrangement. In this regard, the Tribunal's working definition of a barrier to entry would be helpful. Also, suggested is a competitive explanation for the use of a tying arrangement. The conflict between interpretations rests on the proper definition of the term "relevant market." In its deliberations, the Tribunal should understand fully the conditions in which consumers make their product and service choices, and should also endeavour to ascertain how and in what circumstance competition will discipline the market. Industry concentration statistics tell us nothing about motivations, and thus can be misleading.

Finally, this paper also suggests that legislators might consider a change in the legal status of RPM. The appropriate legal standard appears to be a rule of reason, although further investigation beyond the two cases of RPM discussed here is required to verify the frequency of competitively motivated cases. In the two cases studied here, measures were invoked to ensure the consumer received greater service, in one case informational, in the other complementary. It would be appropriate for the rules guiding adjudication to permit RPM when a product is new or has new features, or when important complementary services would enhance the brand-name quality of the product. Consumers who desire these services at point-of-sale will be likely to outnumber those who do not and thus competition and economic welfare would be enhanced.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SELECTED REFERENCES

Barney, J.B. and W.G. Ouchi. *Organizational Economics.* Jossey-Bass Publishers, California, 1986.

Blair, R.D. and D.L. Kaserman. *Law and Economics of Vertical Integration and Control.* Academic Press, New York, 1983.

Burstein, M. "The Economics of Tie-In Sales." *Review of Economics and Statistics,* Vol. 42, 1960, p. 63-73.

Comanor, W.S. and J.B. Kirkwood. "Resale Price Maintenance and Antitrust Policy." *Contemporary Policy Issues,* Vol. III, No.3, 1985, p. 9-16.

Director of Investigation and Research. *Competition Act.* Consumer and Corporate Affairs. *Annual Report,* 1987, 1988, 1989 and 1990.

Director of Investigation and Research. *Competition Act: Merger Enforcement Guidelines.* March 1991.

Ekelund, R.B. and R.D. Tollison. *Mercantilism as a Rent-Seeking Society - Economic Regulation in Historical Perspective.* Texas A&M University Press, College Station, Texas, 1981.

Fisher, A.A. and R. Sciacca. "An Economic Analysis of Vertical Merger Enforcement Policy." *Research in Law and Economics,* JAI Press Inc., Greenwich, Connecticut, Vol. 6, 1984, p. 1-133.

Fortenberry, J.E. "A History of the Antitrust Law of Vertical Practices." *Research in Law and Economics,* JAI Press Inc., Greenwich, Connecticut, Vol. 11, 1988, p. 133-259.

Gorecki, P.K. and W.T. Stanbury. *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983.* The Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1984.

Grossman, S.J. and O.D. Hart. "The Cost and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration." *Journal of Political Economy,* Vol. 94, No. 4, 1986, p. 691-719.

Grover, W. and R. Kwinter. "The New Competition Act." *The Canadian Bar Review,* Vol. 66, 1987, p. 267-304.

Hale, R.D., "Cookware and Vertical Integration: A Rejoinder." *Journal of Law and Economics,* Vol. XII, No. 2, October 1969, p. 439-440.

Hunter, L.A.W., Editor. *Canadian Competition Policy Record,* Vol. 11, No. 4, December, 1990.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Klein, B. and K.M. Murphy. "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms." *Journal of Law and Economics*, Vol. XXXI, October, 1988, p. 265-297.

Marvel, H.P. "Exclusive Dealing." *Journal of Law and Economics*, Vol. XXV, April, 1982, p. 1-25.

Mathèwson, G. and R.A. Winter. *Competition Policy and Vertical Exchange*. University of Toronto Press, Toronto, 1985.

Mathewson, G., M. Trebilcock and M. Walker. *The Law and Economics of Competition Policy*. The Fraser Institute, Vancouver, 1990.

Monteverde, K. and D.J. Teece, "Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry." *The Bell Journal of Economics*, Vol. 13, No. 1, Spring 1982, p. 206-213.

Rock, J.M., "Cookware: A Study in Vertical Integration - A Reexamination." *Journal of Law and Economics*, Vol. XII, No. 2, October, 1969, p. 425-438.

Sass, T.R. and M. Gisser. "Agency Cost, Firm Size, and Exclusive Dealing." *Journal of Law and Economics*, Vol. XXXII, October, 1989, p. 381-400.

Stanbury, W.T. "The New Competition Act and Competition Tribunal Act: "Not With A Bang, But A Whimper." *Canadian Business Law Journal*, Vol. 12, 1986-87, p. 2-42.

Trebilcock, M.J. *The Common Law of Restraint of Trade - A Legal and Economic Analysis*. The Carswell Company Limited, Toronto, 1986.

Trebilcock, M.J. "Restrictive Covenants in the Sale of a Business: An Economic Perspective." *International Review of Law and Economics*, Vol. 4, No. 2, December, 1984, p. 137-161.

Cases

Canada (Director of Investigation and Research) v. *BBM Bureau of Measurement*, (1981), 60 C.P.R.(2d) 26, (R.T.P.C.).

Canada (Director of Investigation and Research) v. *The NutraSweet Co.* (1991), 32 C.P.R. (3d) 1.

Canada (Director of Investigation and Research v. *Xerox Canada Inc.*, (1991), 33 C.P.R. 3(d) 83.

Regina v. *Epson (Canada) Ltd.* (1987), 19 C.P.R.(3d) 195 (Ont. Dist. Ct.).

Regina v. *Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R.(3d) 501 (Man. Q.B.).

Étude générale **BP-255F**

POLITIQUE DE CONCURRENCE: FUSIONS VERTICALES ET RESTRICTIONS CONTRACTUELLES VERTICALES DU COMMERCE

Daniel Shaw
Division de l'économie

Juillet 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

Nº de cat. YM32-2-255F

ISBN 0-660-93762-X

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION..... 1

HISTORIQUE ET OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE..... 3

A. L'époque du mercantilisme (1500-1800): la tradition médiévale..... 4

B. L'époque du laissez-faire (1800-1890): la tradition libérale..... 5

C. L'époque moderne (après 1890): la tradition de l'intérêt du consommateur..... 7

THÉORIES ÉCONOMIQUES DE L'INTÉGRATION VERTICALE..... 11

A. Motifs concurrentiels..... 12

B. Motifs anti-concurrentiels..... 14

C. Autres arrangements contractuels et bien-être économique.... 14

THÉORIES ÉCONOMIQUES DU CONTRÔLE VERTICAL PAR VOIE DE CONTRAT..... 16

A. Maintien des prix de revente (MPR)..... 16

B. Exclusivité..... 17

C. Accords de ventes liées..... 18

D. Territoires exclusifs..... 19

ANALYSE ÉCONOMIQUE DES FUSIONS VERTICALES ET DU DROIT RELATIF AUX RESTRICTIONS CONTRACTUELLES..... 20

A. Le Bureau de la politique de concurrence et les fusions verticales..... 23

B. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *The NutraSweet Company* (1991)..... 27

C. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *BBM Bureau of Measurement* (1981)..... 31

D. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *Xerox Canada Inc.* (1990)..... 33

E. *Regina* c. *Epson (Canada) Ltd.* (1987)..... 37

F. *Regina* c. *Shell Canada Products Ltd.* (1989)..... 38

CONCLUSION..... 41

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE..... 44

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

POLITIQUE DE CONCURRENCE: FUSIONS VERTICALES ET RESTRICTIONS CONTRACTUELLES VERTICALES DU COMMERCE

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, le statut juridique des restrictions contractuelles verticales du commerce entre fabricants et distributeurs a été au centre d'une controverse. D'un côté du débat, on retrouve des économistes qui approuvent ces pratiques, et de l'autre, les avocats qui les considèrent comme allant à l'encontre des motifs concurrentiels. La plupart des économistes qui ont étudié les institutions à caractère organisationnel considèrent la restriction du commerce par contrat comme l'équivalent, sous la forme d'un contrat, d'une fusion verticale de deux entreprises et ils perçoivent le fait qu'elle fasse l'objet d'un traitement juridique plus rigoureux comme un anachronisme incompatible avec les données économiques pertinentes.

Dans ce débat, les avocats invoquent la notion du droit d'aliénation, dont les origines remontent au début du droit de propriété, et une doctrine de forclusion du marché selon laquelle ces restrictions sont contraires à l'esprit de concurrence. Pour leur part, les économistes retiennent la notion de liberté de passer contrat et font valoir les motifs bénins des parties au contrat qui cherchent à réduire à la fois les coûts de transaction et les coûts de représentation liés à l'échange vertical(1).

---

(1) Les coûts de transaction sont généralement définis comme étant les ressources consommées dans le cadre du processus d'affectation des ressources. D'autres détails à cet égard seront fournis dans la suite du document. Les coûts de représentation sont définis comme étant les ressources que consomment par le(s) mandant(s) et le(s) mandataire(s) en tentant de supprimer toute divergence d'intérêts dans leur relation; les plus importants sont les coûts de surveillance engagés par le mandant et les coûts de fidélisation assumés par le mandataire.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Chaque groupe reste fermement sur ses positions et il est peu probable qu'un compromis survienne avant encore quelque temps. Un rapprochement est toutefois inévitable. La caractère juridique des restrictions verticales s'explique plus facilement dans un contexte historique, et il existe dans l'histoire de nombreuses preuves du fait que le droit de la concurrence se rapproche de la sagesse populaire, bien que lentement.

À l'origine, le droit de la Couronne traitait les activités des intermédiaires comme préjudiciables à la concurrence; une étude plus attentive incite toutefois à penser que ces stratégies visaient à contourner la réglementation étendue créée par les corporations. Le caractère de ces règlements correspondait tout simplement aux intérêts des corporations, ce qui semble indiquer que ces dernières avait une grande influence sur le souverain. Que ces activités aient répondu aux intérêts du peuple reste discutable. Par la suite, la *common law* a considéré ces activités et les conventions restrictives qui parfois les accompagnaient comme des méthodes de commerce supérieures, qui favorisaient une plus grande distribution. Cette évolution reflète la popularité croissante du libéralisme. Plus récemment, ces restrictions verticales ont fait l'objet d'un examen plus attentif dans le cadre de la *common law,* et la pratique du maintien des prix de revente (MPR) a été jugée illégale en soi tandis que les fusions verticales, l'exclusivité, les territoires exclusifs et les accords de ventes liées ont été assujettis à une règle de caractère raisonnable.

Tous les pays industrialisés occidentaux ont mis en place des politiques pour lutter contre les restrictions du commerce. En particulier, la tradition anglo-saxonne tente de préserver les principes de l'équité et du bien-être économique comme premiers objectifs. Il n'est donc pas surprenant que les conseillers économiques et juridiques s'entendent sur la priorité accordée à ces préoccupations; leur différend porte plutôt, entre autres, sur les conditions requises pour contester les mesures de contrôle vertical imposées par contrat. Les économistes estiment que les tribunaux vont trop vite lorsqu'ils portent des accusations contre ces pratiques et les condamnent, et ils jugent qu'il est nécessaire d'étudier plus à fond les avantages et les coûts comparatifs des échanges

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

"purs" sur le marché et ceux qui découlent des échanges assujettis à des restrictions contractuelles. De tels examens permettent habituellement de remettre en question la capacité du mécanisme d'échange fondé uniquement sur la médiation des prix d'assurer le niveau maximum de bien-être économique. Des formes hybrides d'échange, intégrant à la fois des caractéristiques de marché et des règles, se révèlent souvent supérieures dans les circonstances où il y a lien vertical.

Dans le présent document, nous visons à dépasser la simple théorie des prix pour trouver, dans les documents de nature économique, des explications du recours aux fusions verticales et aux mesures de restrictions contractuelles fondées sur des motifs de concurrence. Notre recherche nous permettra de préciser les éléments qui distinguent ces cas des situations anti-concurrentielles et qui peuvent par conséquent servir à aider les tribunaux à assurer leur fonction de réglementation du commerce. Les résultats doivent être considérés comme complémentaires des critères présentement utilisés pour déterminer les effets concurrentiels des conventions restrictives et nous espérons qu'elles contribueront à établir un plus grand terrain d'entente entre les deux parties opposées dans ce débat.

HISTORIQUE ET OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Pour bien comprendre le débat qui nous occupe, il est utile de revoir brièvement l'histoire économique anglo-saxonne. L'évolution de la restriction du commerce peut être divisée en trois périodes distinctes: l'époque du mercantilisme, durant laquelle la réglementation médiévale du travail et du commerce avait cours; l'époque du laissez-faire, pendant laquelle le libéralisme et les marchés libres étaient en vogue; et l'époque moderne, au cours de laquelle les législateurs ont commencé à intervenir de nouveau. Des dates très approximatives sont proposées pour établir une démarcation entre ces époques.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A. L'époque du mercantilisme (1500-1800): la tradition médiévale

À l'époque médiévale, presque toutes les facettes de la vie étaient réglementées par l'Église ou par l'État. En particulier, le système des corporations médiévales comportait des codes de comportement qui avaient pour effet de restreindre la concurrence entre les fournisseurs d'un même service en établissant des périodes de formation préalables pour les nouveaux venus, en classant les membres selon les catégories "apprentis", "compagnons" et "maîtres", et en réglementant la mobilité du travail, les dispositions relatives à la sous-traitance à l'extérieur, la concurrence postérieure à l'emploi, les échelles de traitement et les prix.

Au fur et à mesure que l'autorité séculaire de l'Église a diminué vers la fin de la période médiévale, un mouvement que la création de l'église anglicane par Henri VIII a précipité, la Couronne d'Angleterre a pratiqué une politique d'expansion militaire et économique. Élisabeth I a consolidé les pratiques corporatives avec la proclamation du *Statute of Artificers* (1563), dans lequel étaient précisées les fonctions des juges de paix, des conseillers et des administrateurs locaux en matière d'application de la loi. En outre, la *Poor Relief Act* (1601) garantissait un revenu minimum que les communautés devaient payer aux travailleurs sans emploi. Au niveau national, les droits de monopole accordés aux favoris et aux partisans du souverain portaient notamment sur la poudre à canon, le sel, le papier et les industries minérales.

Le Parlement n'a pas mis beaucoup de temps à contester ces privilèges d'intérêts spéciaux devant les tribunaux. Dès 1602, dans la cause *Darcy* c. *Allen*, la *common law* a établi que certaines conventions restrictives violaient un droit fondamental d'équité. Avec une plus grande conviction, le Parlement codifia ces jugements en adoptant le *Statute of Monopolies* (1623). Cette loi abolissait effectivement la prérogative royale d'octroyer des monopoles tout en préservant les brevets de durée limitée, les monopoles coutumiers des corporations, des villes et des compagnies à charte, ainsi que les nouveaux monopoles accordés par le Parlement. La première législation anticoalition n'était pas motivée uniquement par les principes de l'équité et du bien-être économique, mais en partie par la jalousie du Parlement.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dans les importantes causes de *common law* qui ont suivi, des distinctions ont été faites entre les restrictions volontaires à caractère général et les restrictions volontaires à caractère particulier. Une restriction générale s'appliquait à la grandeur du royaume ou pour une durée indéfinie. Les restrictions particulières étaient beaucoup plus limitées et, souvent, avaient trait à la protection contre la concurrence lors de la vente d'une entreprise. L'acheteur voulait obtenir l'assurance que le vendeur ne créerait pas une entreprise concurrente pendant une période déterminée après la vente. Dans la cause *Mitchel* c. *Reynolds* (1711), où le juge Parker a reconnu valide une restriction imposée lors de la vente d'une entreprise, des distinctions juridiques entre les différentes catégories de restrictions ont été précisées:

> Les restrictions générales sont toutes nulles, qu'elles soient fondées sur un lien, une convention ou une promesse, avec ou sans contrepartie peu importe qu'elles aient trait au secteur d'activité de la partie. [...] Les contraintes particulières [...] sans contrepartie sont toutes nulles peu importe la nature du contrat qui les a créées. [...] Lorsqu'une convention de restriction de commerce semble être conclue moyennant une contrepartie valable et adéquate, de manière qu'elle constitue un contrat approprié et utile, elle est valide(2).

B. L'époque du laissez-faire (1800-1890): la tradition libérale

En fin de compte, le Parlement a eu gain de cause sur le souverain pour ce qui est du droit de présenter des lois aux Communes. Mais, dans cette épreuve de force, la capacité de faire respecter un privilège de monopole durable est devenue incertaine et les bénéfices que se partageaient les monopoleurs et le gouvernement ont régressé. En raison du processus de décision démocratique en vigueur au Parlement, les frais de lobbying des aspirants-monopoleurs augmentèrent de façon radicale; parce qu'il n'y avait pas de bureaucratie parlementaire capable d'administrer et de faire respecter ces privilèges, le gouvernement commença à tirer ses

---

(2) M.J. Trebilcock, "Restrictive Covenants in the Sale of a Business: An Economic Perspective", *International Review of Law and Economics*, vol. 4, n° 2, décembre 1984, p. 139 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

recettes non plus de l'octroi de monopoles mais des impôts à la consommation et, plus tard, des impôts sur le revenu.

La révolution industrielle qui a débuté dans la deuxième moitié du XVIII' siècle se distingue des périodes antérieures par l'avènement d'une nouvelle technologie de production de masse et la présence d'une importante main-d'oeuvre en milieu urbain. La croissance sans précédent de la production industrielle enregistrée au cours de cette période et les changements démographiques qui l'accompagnent favorisent l'émergence de nouvelles philosophies sociales, économiques et politiques. Le libéralisme est issu de ce chaos : une philosophie qui prétendait que la liberté morale et politique était un impératif social. Les notions de "concurrence sans limite" et de "libre-échange" préconisées par Adam Smith et David Ricardo allaient devenir les instruments servant à en arriver à plus grande liberté morale et politique et à un accroissement de la richesse économique de la nation. En outre, les partisans de cette philosophie reconnaissaient clairement les conséquences financières qu'avaient, pour la collectivité, les Poor Relief Laws dans le contexte des importants mouvements migratoires vers les centres urbains.

Le libéralisme a aussi influé sur les tribunaux. L'époque du laissez-faire a marqué un changement significatif dans l'attitude des tribunaux à l'égard des conventions restrictives. Le courant de pensée dominant était dorénavant que le droit à la liberté de conclure un contrat avait préséance sur tout critère de contrepartie adéquat appliqué dans les jugements antérieurs par les tribunaux. Dans la cause *Printing and Numerical Registering Co.* c. *Sampson* (1875), le juge Jessel a affirmé:

> S'il y a quelque chose qui a une importance primordiale pour la politique de l'État, c'est que les hommes ayant atteint la majorité et qui possèdent des connaissances pertinentes doivent avoir toute liberté de conclure des contrats et que les contrats qu'ils ont conclus en toute liberté et volontairement doivent être tenus pour sacrés et appliqués par les tribunaux. Par conséquent, il faut tenir compte de cette politique d'importance capitale, ce qui signifie qu'il ne faut pas s'interposer sans raison sérieuse dans cette liberté de conclure des contrats(3).

---

(3) M.J. Trebilcock, *The Common Law of Restraint of Trade - A Legal and Economic Analysis*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1986, p. 18.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Cette logique était aussi représentative des quelque causes de restrictions contractuelles verticales qui sont survenues à cette époque. Les pratiques d'exclusivité (lorsque l'une des parties à un accord exige de l'autre qu'elle vende exclusivement ses produits) étaient peu répandues et mettaient habituellement en cause les chemins de fer, qui avaient besoin de services liés aux droits de passage. Les tribunaux ont maintenu ces restrictions sachant pertinemment que cette pratique était une solution de rechange à l'intégration verticale puisque nombre de chemins de fer étaient eux-mêmes intégrés en aval à ces services.

Les premières causes visant des accords de ventes liées (lorsqu'un produit ne peut être obtenu qu'à l'achat d'un autre produit) portaient sur "l'obligation de tenir un assortiment complet de produits". Une brasserie vendait ou louait une taverne à condition que l'acheteur ou le locataire achète toute sa bière de cette brasserie. Dans la cause *Catt c. Tourle* (1869), cette pratique a été maintenue même si le tribunal a reconnu qu'elle restreignait le choix de brasseurs s'offrant aux tenanciers(4).

Enfin, la pratique de maintien des prix de revente (lorsque le fabricant établit à la fois son prix et celui du détaillant pour un produit) était courante et elle a été reconnue valide par les tribunaux à peu près à cette époque; mais il semble que les accords visant les territoires exclusifs n'ont été contestés devant les tribunaux que plusieurs années après le début du XX^{e} siècle.

C. L'époque moderne (après 1890): la tradition de l'intérêt du consommateur

L'un des faits marquants du XIX^{e} siècle a été l'essor du capital privé sous la forme de société à capital-actions, qui a été à l'origine de la société commerciale moderne. Cette forme d'organisation a profité de la limitation de la responsabilité personnelle et de la facilité

---

(4) J.E. Fortenberry, "A History of the Antitrust Law of Vertical Practices", in *Research in Law and Economics*, Greenwich (Conn.) JAI Press Inc., vol. II, notes 141 et 155, p. 206 et 208.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

avec laquelle on pouvait diviser et transférer la propriété, ce qui a favorisé l'exploitation à grande échelle. Cependant, vers la fin du XIX[e] siècle, devant l'accroissement de la taille et de la concentration des sociétés, les vertus de la libre-concurrence ont commencé à flétrir dans l'esprit du public. Les pressions se sont accrues pour que les sociétés soient réglementées par voie de législation.

Au Canada, la première loi anticoalition a été adoptée en 1889; celle-ci rendait illégaux les complots, les cartels ou les ententes entre sociétés en vue de réduire indûment la concurrence. L'exemple du Canada a été suivi un an après par les États-Unis, avec le *Sherman Act*, et avant la fin du siècle par l'Australie et la Nouvelle-Zélande. En Angleterre, la législation a pris la forme de la *Monopolies and Restrictive Practices Act*, adoptée en 1948.

Les partisans d'une loi anticoalition étaient conscients que certaines coalitions n'étaient pas préjudiciables à la concurrence mais qu'il fallait agir pour protéger les consommateurs et les petites entreprises:

> [...] certaines combinaisons entre des personnes engagées dans la même ligne de commerce sont parfois nécessaires [...] [mais certaines sont allées jusqu'à déterminer] non seulement les prix des fabricants, mais aussi des marchands(5).

> Assurément que les faits soient ce que l'on voudra, il n'y a pas de nécessité [erreur de traduction dans le texte officiel - devrait être: il y a nécessité] à mon avis, d'intervenir pour protéger les consommateurs du pays. Nous avons vu, depuis quelques années, de grandes institutions et corporations former des coalitions en vue d'élever le prix des articles nécessaires à la vie, et je fais peu de distinction entre ce qu'on appelle larcin, en droit criminel, et le résultat d'un arrangement qui oblige le malheureux consommateur à faire passer de l'argent de sa poche dans celle du riche producteur, s'il veut ne pas périr de faim(6).

---

(5) Wallace, *Débats des Communes*, 29 février 1888, p. 28.

(6) Mulock, *Débats des Communes*, 22 avril 1889, p. 1440.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Nous pouvons déduire de ces déclarations que le principe de l'équité avait repris une importance nouvelle dans les jugements portant sur la restriction du commerce. Le droit de la concurrence de tradition mercantiliste était motivé par le souci de préserver le droit de la personne de travailler, et les jugements des tribunaux étaient fondés sur le caractère adéquat de la retribution. Le droit contemporain, pour sa part, maintient la liberté de toute personne de conclure un contrat, établie à l'époque du laissez-faire, mais annule certains contrats lorsqu'il y a inégalité du pouvoir de négociation.

Le principe du bien-être économique s'est aussi développé à partir de l'époque mercantiliste. La *common law* moderne interprète mieux les compromis entre les éléments d'efficience liés à l'affectation des ressources, à la production et aux considérations dynamiques. Comme à l'époque du mercantilisme, la loi accorde la priorité aux avantages économiques découlant des brevets de durée limitée sur les coûts sociaux du monopole. Le droit contemporain reconnaît toutefois les avantages sociaux liés aux économies d'échelle de la production (qui n'étaient probablement pas très apparents à l'époque du mercantilisme) et d'autres avantages économiques pouvant découler des fusions horizontales et verticales.

En 1986, le Canada a révisé sa législation en matière de concurrence en proclamant la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le tribunal de la concurrence*. En vertu de ces lois, les procès portant sur des fusions et des abus de position dominante se déroulent en vertu du droit civil et non du droit pénal. Le droit civil permet de déterminer si la concurrence a été réduite de façon substantielle "selon la prépondérance des probabilités" plutôt "qu'au delà de tout doute raisonnable". Le fardeau de la preuve moins onéreux accroît les chances de contestation d'une fusion. S'ajoutant aux pouvoirs accrus confiés au directeur des enquêtes et recherches (le directeur) pour demander au Tribunal de la concurrence d'émettre une ordonnance sur consentement et un certificat de décision préalable, le centre d'intérêt des pratiques commerciales révisables passe de la contestation devant les tribunaux à la négociation. Dans les faits, la *Loi sur la concurrence* accorde au Directeur le pouvoir de réglementer le commerce.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Il est intéressant de noter que même si l'on a reconnu que la pratique du MPR pouvait être inéquitable, elle n'est devenue illégale au Canada qu'en 1952. Le traitement juridique qui lui a été accordé par la suite, y compris celui de l'article 61 de la *Loi sur la concurrence*, ne permet pas de tenir compte des éléments d'efficience au niveau de la répartition des ressources qui peuvent découler d'une restriction verticale. La pratique du MPR est illégale à prime abord. Une exception est faite dans le cas d'un marchand qui utilise le produit du fabricant comme article vendu à perte à des fins de promotion (produit vendu à perte pour susciter la vente d'autres produits).

Les fusions verticales sont des pratiques non criminelles révisables (article 92 de la Loi) dont la qualité juridique doit être déterminée selon la prépondérance des probabilités de divers facteurs, à savoir la détermination de l'importance de l'intégration verticale, c.-à-d. le fait d'établir si l'intégration est telle que d'éventuels nouveaux venus doivent entrer sur le marché à la fois au niveau de la fabrication (en amont) et du détail (en aval) - l'argument dit de la forclusion du marché; l'importance de tout obstacle empêchant des concurrents d'entrer sur le marché; la probabilité que l'une des entreprises qui fait l'objet de la fusion fasse faillite si la fusion n'a pas lieu; l'importance de la concurrence étrangère; tout gain d'efficience; et d'autres facteurs pertinents.

Les accords de ventes liées sont visés par l'article 77 et, comme dans le cas des pratiques d'exclusivité et de limitation du marché, elles sont interdites lorsqu'elles pourraient entraîner une réduction importante de la concurrence, y compris la forclusion du marché. Une exception est faite pour l'utilisation des pratiques d'exclusivité et de limitation du marché lorsqu'on y a recours pour une période raisonnable en vue de faciliter l'entrée d'un nouveau fournisseur ou d'un nouveau produit sur le marché. Les accords de ventes liées sont permis lorsqu'il y a une relation technique entre les produits, par exemple entre matériel et logiciel d'ordinateur, ou lorsqu'ils sont le fait d'une personne dont l'activité est de prêter des fonds pour garantir des prêts.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

THÉORIES ÉCONOMIQUES DE L'INTÉGRATION VERTICALE

Par définition, l'intégration verticale remplace un échange sur le marché par un transfert interne. Le processus d'affectation des deux genres d'échanges est géré globalement par les conditions de la demande et de l'offre. Cependant, le commerce intégré verticalement tend à dominer les marchés où les coûts de transaction sont élevés. De façon générale, les coûts de transaction correspondent aux ressources dépensées dans le processus d'affectation. Ces coûts ont un lien direct avec le degré d'incertitude lié aux contrats fastidieux et complexes qui peuvent engendrer une inéquité par le biais d'engagements préalables et haussent ainsi les coûts de non-exécution pour les deux parties. Les coûts de transaction ont un rapport inverse avec la diminution du nombre de partenaires commerciaux éventuels au moment du renouvellement des contrats en vigueur lorsqu'il y a des immobilisations uniques à l'entreprise ou des avantages découlant de l'apprentissage sur le tas.

Les deux situations se prêtent à un comportement opportuniste qui peut être plus facilement contrôlé par l'entreprise que par le droit des contrats. Il en est ainsi à cause des droits de propriété de l'entreprise sur les bénéfices résiduaires conjoints engendrés par les éléments d'actif en cause et en raison du fait qu'un employeur peut exercer un plus grand contrôle sur les agissements individuels dans le cadre d'une relation employeur-employé que ce n'est le cas pour un entrepreneur.

L'intégration verticale peut aussi engendrer des économies au niveau des coûts en facilitant la circulation de l'information entre des marchés liés verticalement, en évitant les distorsions de prix attribuables à un pouvoir de monopole dans des marchés verticalement liés, en accroissant la quantité de renseignements fournis aux clients au point de vente, et en déplaçant le risque vers l'entreprise qui est à l'origine de l'acquisition ou, au contraire, en diminuant le risque qu'elle assume. Cependant, l'intégration verticale peut avoir des effets anti-concurrentiels en renforçant les barrières à l'entrée ou en facilitant la collusion oligopolistique.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A. Motifs concurrentiels

Les constructeurs d'automobiles tels que General Motors et Ford ont recours à l'intégration verticale à rebours de la production des pièces d'automobiles lorsque leurs procédés de fabrication, définis largement, engendrent des connaissances spécialisées qui ne peuvent être protégées par des brevets et lorsque le fait de changer de fournisseurs peut comporter des coûts importants. Dans de tels cas, le constructeur est exposé à la possibilité d'une renégociation opportuniste des contrats parce que le fournisseur pourrait obtenir sur ses rivaux éventuels un avantage de première initiative découlant des développements préalables à la production réalisés en collaboration avec le constructeur automobile. Ainsi, les pièces qui exigent un important effort d'ingénierie seront généralement fabriquées à l'interne tandis que les autres pièces seront achetées auprès de fournisseurs indépendants.

Les producteurs de minerai de fer extraient et enrichissent les minerais contenus dans des roches porteuses ayant diverses caractéristiques pour ce qui est de la teneur minérale. Les différences au niveau de la formation rocheuse, des rapports de découverture et de la teneur en minerai de la roche porteuse occasionnent des coûts d'extraction et de bonification variables. Ces conditions aléatoires varient vraisemblablement d'une mine à l'autre ainsi qu'au sein même d'une exploitation minière et la société engagée dans l'extraction de la ressource est souvent mieux en mesure de les prédire que le fabricant du produit qui se trouve en aval. Par conséquent, une aciérie indépendante qui achète du minerai de fer dans le cadre de contrats à long terme en vertu desquels elle s'engage à acheter ou à payer une certaine somme accusera des écarts considérables dans ses coûts d'intrants et, par conséquent, dans le coût des lingots d'acier qu'elle produit. Une aciérie intégrée verticalement, par contre, obtient de meilleures données prédictives. Elle peut donc atténuer les variations de ses coûts de production unitaires en utilisant dans ses hauts fourneaux de l'acier de rebuts plutôt que du fer obtenu par concentration du minerai, et réduit ainsi ses coûts de production de lingots d'acier.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Durant la première moitié du siècle, la société Aluminum Company of America a détenu un pouvoir de monopole significatif sur la production et la vente de lingots d'aluminium et de produits usinés aux États-Unis. Elle a choisi de procéder à une intégration en aval dans la production d'ustensiles de cuisson en aluminium en faisant l'acquisition des sociétés Aluminum Cooking Utensils Company et Aluminum Goods Manufacturing Company, dont les marques de commerce étaient, respectivement, Wear-Ever et Mirro. Ces acquisitions ont empêché les deux fabricants d'ustensiles de cuisson, qui contrôlaient environ 75 p. cent des ventes de ces produits avant la Deuxième Guerre mondiale, de remplacer l'aluminium utilisé dans la production des poelons par de la fonte, de l'acier inoxydable, du cuivre ou de l'acier inoxydable recouvert de cuivre et de substituer à l'aluminium du verre, de la céramique, de l'émail ou de l'étain dans la production des casseroles. L'intégration verticale a donc permis une efficience au niveau de la production de l'entreprise en interdisant le remplacement de l'intrant vendu à un prix de monopole par des intrants dont les prix sont concurrentiels.

Les détaillants fournissent toute une gamme de services à leurs clients, dont certains sont propres à des produits. Parmi ces services, mentionnons les renseignements techniques au sujet du produit, par exemple, les données sur le rendement d'une automobile, les attributs acoustiques de diverses composantes d'une chaîne stéréo, etc. Ces services peuvent avoir une influence appréciable sur la demande pour le produit d'un fabricant. D'autres services ne sont pas liés spécifiquement à des produits, par exemple, des heures d'ouverture pratiques, l'emplacement, le stationnement, les services de cartes de crédit, etc. L'incidence de ces services peut, au mieux, être marginale. L'intégration verticale peut faire en sorte qu'un nombre approprié de services produits fournis à tous les points de vente. Autrement, des magasins vendant à rabais peuvent tenter de détourner des clients des magasins et offrant un service complet en offrant des prix moins élevés et lorsqu'ils y parviennent, la fourniture de services liés aux produits est probablement peu profitable.

L'intégration verticale permet de faire assumer le risque par l'entreprise ayant l'aversion la moins grande à cet égard. Lorsque deux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

entreprises liées verticalement évaluent le risque de façon différente, leur fusion permet de créer une forme hybride d'assurance et de réduire le coût global du capital.

B. Motifs anti-concurrentiels

L'intégration verticale peut imposer à l'entrée des barrières qui empêcheront la venue de concurrents éventuels. Une barrière à l'entrée est créée lorsque en raison de circonstances techniques ou économiques, le coût que doivent assumer les entreprises qui voudraient entrer sur un marché est supérieur à celui des entreprises déjà présentes sur celui-ci; il n'est donc pas profitable pour les concurrents éventuels de pénétrer sur ce marché, tandis que les entreprises qui y évoluent déjà font des bénéfices. Dans les cas où un concurrent éventuel doit entrer aux deux niveaux de production, dont l'un est caractérisé par l'existence d'un pouvoir de marché, l'intégration verticale peut contribuer à accroître les barrières à l'entrée lorsqu'il existe a) des taux d'efficience différents, b) des échelles minimum d'efficience différentes, c) des problèmes sur le marché des capitaux ou d) des problèmes de différentiation des produits.

L'intégration verticale peut faciliter la collusion d'entreprises oligopolistiques qui tentent d'imposer une discipline de marché et de resserrer les prix ou d'exclure des rivaux éventuels. Par exemple, s'il existe un pouvoir de marché à l'étape de la production et qu'il y a un nombre croissant d'entreprises au niveau du gros et du détail, le fabricant d'un produit qui participe à un accord de collusion peut procéder à l'intégration en aval au niveau du gros et ainsi être en mesure de mieux détecter les tricheurs et ceux qui offrent des rabais. Plus le nombre de grossistes est restreint, plus élevé est le risque de détection et plus grande est la probabilité qu'un accord de collusion se maintiendra.

C. Autres arrangements contractuels et bien-être économique

Les raisons pour lesquelles le marché est incapable de fournir des structures d'incitation, des canaux d'information ou des mesures de contrôle des coûts appropriés qui donnent lieu à certaines situations d'intégration verticale ne sont pas toujours immédiatement

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

apparentes. Certaines pratiques restrictives en matière de contrats peuvent engendrer la même efficience. Par exemple, les ventes par consignation peuvent permettre de déplacer le risque du marché des vendeurs en aval vers les producteurs en amont; des contrats à long terme portant sur des contingents ou des quantités déterminées peuvent contribuer à réduire l'instabilité des coûts des intrants; des accords de ventes liées peuvent permettre de contrôler dans une certaine mesure l'utilisation faite par les fabricants en aval de produits susceptibles de remplacer un intrant monopolistique; les pratiques de MPR, conjuguées à une politique de refus de vendre aux détaillants offrant des rabais, peuvent permettre de rétribuer les détaillants offrant une gamme complète de services au point de vente.

Ces autres solutions appliquées par voie de contrat ne comportent pas les mêmes déséconomies d'échelle au plan de la gestion que celles qui sont liées aux modalités de transfert interne. Elles permettent aussi à l'entreprise d'éviter des coûts d'immobilisation accrus en empruntant des fonds à des taux d'intérêt qui sont fonction de la taille des emprunts.

Enfin, il faut faire une réserve importante au sujet des conséquences de l'intégration verticale du point de vue du bien-être de la société en général. Bien que les effets que les motifs anti-concurrentiels mentionnés antérieurement ont sur le bien-être soient manifestement négatifs, les pratiques restrictives axées sur des motifs concurrentiels ne sont pas toutes positives. Des motifs concurrentiels comme ceux qui consistent à faciliter la circulation de l'information afin de réduire l'incertitude et à déplacer le risque du marché verticalement contribuent à améliorer le bien-être de la société. Par contre, lorsque le motif de l'intégration verticale est d'accroître les services au point de vente, les consommateurs pour qui le service d'information supplémentaire n'a pas de valeur et ceux qui magasinent plus intensément avant d'acheter peuvent être touchés de façon négative. Leurs pertes peuvent dépasser les avantages procurés aux autres. De même, lorsque le monopoleur d'un intrant procède à une intégration en aval pour empêcher un secteur concurrentiel de remplacer son intrant, les effets négatifs de la monopolisation du secteur

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sur le prix du produit en aval peuvent dépasser les gains d'efficience réalisés au niveau de la production.

THÉORIES ÉCONOMIQUES DU CONTRÔLE VERTICAL PAR VOIE DE CONTRAT

A. Maintien des prix de revente (MPR)

La pratique du MPR peut avoir des effets concurrentiels et des effets anti-concurrentiels. Elle peut être motivée par le souci d'accroître la quantité des services offerts au point de vente, d'inciter des détaillants à s'engager dans des activités qui protègent la qualité des produits vendus sous certaines marques de commerce, de coordonner des accords de collusion entre fabricants oligopolistiques ou de coordonner les efforts d'un cartel de détaillants visant à fixer les prix et à restreindre l'entrée sur le marché.

Lorsque la demande pour un bien a une corrélation positive avec l'intensité de la promotion liée spécifiquement à un produit ou à la quantité d'information offerte au point de vente par les détaillants, la pratique du MPR peut contribuer à protéger les marges des détaillants offrant une gamme complète de services contre les détaillants disposés à offrir des rabais pour attirer les consommateurs nouvellement informés. Sans cette protection, les détaillants offrant une gamme complète de services pourraient perdre du terrain et voir leurs ventes diminuer. On considère souvent que ces conditions existent dans le cas des biens comportant un degré élevé de complexité et dans le cas de nouveaux produits ou de produits existants qui comportent de nouvelles caractéristiques, par exemple, les automobiles, les embarcations, les motoneiges et les appareils stéréo.

Dans le cas d'un produit qui a une durée limitée, par exemple la bière, la pratique du MPR peut inciter les détaillants à s'engager dans des activités coûteuses telles que la rotation des stocks pour préserver la qualité du produit. Parce que cette activité n'est pas apparente pour le consommateur et qu'elle ne peut donc faire l'objet d'une surveillance, la politique de refus de vendre pratiquée par un fabricant pourra réussir auprès des détaillants qui, autrement, auraient contribué à

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

la dégradation de l'image de qualité établie par le brasseur. Par conséquent, les politiques de MPR et de refus de vendre empêchent les détaillants de tirer indûment profit de la qualité des produits périssables vendus sous des marques de commerce. Cette logique peut facilement être appliquée aux produits non périssables à condition que les activités des détaillants visant à préserver la qualité de la marque de commerce puissent être plus facilement surveillées par les fabricants que par les consommateurs.

Enfin, le MPR peut aider un cartel de détaillants à coordonner un accord de fixation des prix lorsqu'il existe des coûts non récupérables à l'entrée au niveau du détail. Une stratégie de MPR peut aussi aider à préserver un cartel de fabricants en facilitant la surveillance des membres du cartel. Cela peut permettre aux participants au complot de détecter les tricheurs au sein du cartel et, par conséquent, de maintenir un accord qui, autrement, ne pourrait être soutenu.

B. Exclusivité

Les contrats d'exclusivité peuvent constituer un mécanisme efficace pour protéger la rentabilité des investissements faits par les fabricants en vue d'accroître la demande pour leurs produits. Ainsi, une entente d'exclusivité permet d'empêcher les agents d'assurances d'offrir des polices d'autres compagnies ne faisant pas de publicité auprès des clients qui ont communiqué avec eux à la suite des campagnes de publicité financées par la compagnie d'assurance d'origine. De même, un concepteur de vêtements vendra aux détaillants plusieurs gammes de produits dont seulement quelques-uns se révéleront un succès. Les accords d'exclusivité peuvent protéger la rentabilité des concepteurs de vêtements lorsque certains détaillants sont susceptibles de profiter indûment de leurs fournisseurs de vêtements de mode en offrant de la marchandise en tout point semblable qu'ils peuvent vendre à un prix moins élevé.

À l'opposé, l'exclusivité peut empêcher un fabricant concurrentiel d'entrer sur le marché de détail. Cela peut se produire s'il y a deux genres de consommateurs: certains qui accordent une prime au produit de l'entreprise présente sur le marché et les autres qui jugent que

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les produits de cette entreprise et ceux des entreprises qui désirent entrer sur le marché sont des substituts parfaits, et qu'il y a des économies de gamme au niveau du commerce de détail(7). L'exclusivité peut, par conséquent, élever le prix limite qui empêche l'entrée d'un second fabricant sur le marché parce les économies de gamme des détaillants ne se réalisent pas. La demande plus forte pour le produit de l'entreprise déjà présente sur le marché permettra de soutenir ces coûts supplémentaires mais non ceux du nouveau venu.

C. Accords de ventes liées

Les accords de ventes liées ou de crédit-bail, lorsqu'il existe un rapport de complémentarité entre les produits (tel qu'entre les ordinateurs et les cartes perforées) et que les consommateurs accordent des valeurs différentes au bien liant (ordinateur) ayant une corrélation positive avec la quantité utilisée du bien lié (cartes perforées), permettent au fabricant de tirer davantage de bénéfices de divers consommateurs, selon l'utilisation que ces derniers font du produit. En fixant le prix du bien liant au niveau de son coût de production et en établissant le prix du bien lié au-dessus de son coût de production, le fabricant peut tirer des niveaux de bénéfice différents, fondés sur l'utilisation qui est faite du bien lié, sur les ventes totales qu'il réalise auprès de chaque consommateur.

Lorsque deux ou plusieurs films sont jugés comme étant des substituts par des consommateurs et sont vendus ensemble aux sociétés exploitant des salles de cinéma, le distributeur de films peut exercer une forme subtile de discrimination entre ces sociétés. En autant que les valeurs que l'exploitant de salles de cinéma donne à ces films sont en corrélation inverse les unes par rapport aux autres, la mise en lot des films se traduira vraisemblablement par un nombre plus élevé d'acheteurs.

---

(7) Les économies de gamme sont définies comme étant les facteurs qui permettent de produire à moindre coût une gamme de produits connexes que de produire séparément l'un ou l'autre de ces produits. Au niveau du commerce de détail, ces économies permettent une diversification des produits offerts.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Ainsi, en exploitant les élasticités-prix croisées de deux ou plusieurs films, un distributeur peut tirer un profit plus élevé du fait qu'il regroupe les films que s'il tentait de leur attribuer un prix distinct et de les vendre séparément.

Lorsque les consommateurs évaluent différemment deux produits ou services connexes, tels que les services de vérification et de conseils en gestion, et que ces valeurs ont une corrélation positive l'une avec l'autre, le regroupement stratégique des deux services peut avoir des conséquences anti-concurrentielles. Si les grands cabinets de comptables oligopolistiques lient leurs services de vérification à leurs services de conseils en gestion, ils peuvent demander un prix relativement élevé pour l'ensemble de ces services et vendre uniquement aux consommateurs qui accordent une valeur élevée à l'un et l'autre services. Les cabinets de comptables de plus petite taille, qui ont une organisation plus concurrentielle, doivent donc se partager le reste du marché, qui comprend un nombre élevé de consommateurs accordant peu de valeur à leurs services. Cette technique de séparation des marchés peut très bien signifier que certaines entreprises devront quitter le marché ou encore que certains cabinets de vérification ne pourront entrer sur le marché.

D. Territoires exclusifs

Il y a restriction territoriale lorsqu'on attribue les consommateurs se trouvant dans une région géographique donnée à un détaillant en particulier. En général, cette pratique n'est pas considérée en soi comme donnant lieu à un pouvoir de monopole, mais elle peut constituer un moyen efficace de tirer des bénéfices monopolistiques dans le cas d'un cartel de fabricants lorsque les coûts de transport sont importants.

Les restrictions territoriales peuvent aussi avoir des effets concurrentiels. Elles peuvent être utilisées pour mieux assurer les bénéfices d'un détaillant qui a dû engager des coûts non récupérables pour établir des services connexes au produit du manufacturier. Dans ce cas, les restrictions territoriales empêchent le manufacturier d'établir par la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

suite un point de vente au détail à proximité pour profiter indûment du capital lié à la marque de commerce que le détaillant a contribué à créer.

ANALYSE ÉCONOMIQUE DES FUSIONS VERTICALES ET DU DROIT RELATIF AUX RESTRICTIONS CONTRACTUELLES

De l'analyse qui précède, il semble ressortir que les tribunaux devraient appliquer une règle de caractère raisonnable lorsqu'ils examinent les effets concurrentiels des fusions verticales et de leurs équivalents en matière de contrats. Mais une telle conclusion serait prématurée. Une règle de caractère raisonnable comporte des coûts considérables liés à l'incertitude relative à la compétence des tribunaux et à la durée des procédures. Ainsi, les parties au litige sont exposées à des coûts plus élevés que si une règle en soi légale ou en soi illégale s'appliquait. Par conséquent, une évaluation concluante de la situation juridique appropriée des fusions verticales et des restrictions contractuelles verticales ne peut être faite que si les fondements théoriques sont doublés d'études de cas exhaustives.

De toute évidence, tant les règles en soi que les règles fondées sur le caractère raisonnable sont sujettes à erreur. Mais lorsqu'une jurisprudence éclairée tient soigneusement compte des théories économiques et des preuves opposées, une loi de la concurrence prudemment conçue devrait permettre de minimiser l'ampleur de ces erreurs. Dans le cas contraire, des stratégies complémentaires telles que des politiques budgétaires visant à favoriser l'entrée dans une industrie, la réglementation, la propriété publique ou une politique de libre-échange devraient être envisagées.

Sur ce dernier point, il y a eu un important débat au sujet de l'efficacité de la *Loi sur la concurrence au Canada*, particulièrement en ce qui a trait aux fusions. Ici les faits sont clairs. Depuis l'adoption de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en 1910, il n'y a pas eu une seule condamnation dans huit causes de fusion contestées devant les tribunaux. Dans un cas, les défenseurs ont plaidé coupables. Dans un autre, une ordonnance d'interdiction empêchant l'entreprise acquérante de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

prendre une participation dans l'une de ses rivales a été obtenue. La faiblesse évidente des dispositions relatives aux fusions dans la deuxième législation sur la concurrence est probablement la principale raison pour laquelle seulement huit cas de fusion ont été portés devant les tribunaux sur une période de 75 ans.

Les quelques cas contestés contrastent nettement avec le nombre de fusions réalisées. Ainsi, en 1960, il y a eu plus de 203 fusions déclarées et, en 1985, il y en a eu 712. Dans les années 60, le nombre annuel de fusions s'est établi en moyenne à 253, et dans les années 70, à 382; enfin, entre 1980 et 1986, la moyenne annuelle a été de 577(8).

Ces perspectives peu encourageantes de contestation d'une fusion ont eu une incidence significative sur l'efficacité avec laquelle la Loi a permis de contrer les restrictions contractuelles verticales de nature anti-concurrentielle. De toute évidence, lorsque les coûts de transaction ne sont pas prohibitifs et lorsque les milieux d'affaires ne craignent pas les conséquences d'une enquête judiciaire sur une fusion, les entreprises manufacturières choisiront de se fusionner avec leurs fournisseurs et leurs distributeurs, ou les deux, pour éviter les répercussions plus sévères de la Loi à l'égard des restrictions contractuelles verticales. En effet, les milieux d'affaires, dans leur recherche constante de plus grands bénéfices, modifieront leurs pratiques préférées pour contourner les dispositions les plus rigoureuses de la loi.

Cela signifie aussi que les causes entendues devant les tribunaux en matière de MPR, d'exclusivité, de ventes liées et de territoires exclusifs seront probablement moins nombreuses et pourront aussi être fondées pour la plupart sur des motifs concurrentiels et, ainsi, ne pas justifier d'enquête. Ce n'est que lorsque les coûts de transaction sont élevés que des cas fondés sur des motifs anti-concurrentiels surviendront dans ce contexte. Compte tenu de la faiblesse des dispositions relatives aux fusions, un statut légal en soi pour les restrictions contractuelles verticales paraît intéressant.

---

(8) Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel, 1989*. Consommation et Corporations Canada, p. 47.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La réforme de la loi originale du Canada en matière de concurrence et ses modifications ont été débattues pendant plus de trois décennies avant que la nouvelle loi n'entre en vigueur en 1986. Présentement, soit cinq ans après l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, il convient de faire une évaluation de cette dernière en fonction de critères économiques normatifs et positifs.

Nous donnons ci-après un aperçu des activités passées du Bureau de la politique de concurrence dans le domaine des restrictions contractuelles verticales. Nous analysons aussi cinq causes de restrictions contractuelles : une ayant trait à l'exclusivité, deux aux ventes liées et deux au PVI. Trois de ces causes ont été entendues sous l'empire de la *Loi sur la concurrence de 1986*.

Si l'on exclut le MPR, ces cas représentent une part substantielle de la jurisprudence en matière de restrictions contractuelles verticales au Canada. Il n'y a eu en tout que trois causes au Canada portant sur l'exclusivité. En plus de celle qui est examinée ici, il y a eu une enquête sur l'industrie pétrolière, qui comprenait plusieurs accusations de comportement anti-concurrentiel dépassant la portée de la présente étude, et une cause contre la société Bombardier Ltée, que le Directeur a perdu en raison de la facilité d'entrée au niveau du commerce de détail. Une cause récente digne de mention portant sur les ventes liées et mettant en cause Chrysler Canada (1988) n'est pas étudiée dans le présent document, mais est semblable, tant du point de vue des questions soulevées que du jugement rendu, à la cause Xerox que nous examinons ci-après. Les pratiques territoriales restrictives n'ont pas, en soi, joué un rôle significatif dans le droit sur la concurrence.

Par ailleurs, il y a eu de nombreux cas de MPR et de refus de vendre fondés sur le non-respect d'un MPR. Il y a eu 83 condamnations dans les 108 causes de MPR qui sont allées en jugement entre 1952 et 1983(9). Entre 1986 et 1989, il y a eu 24 condamnations dans les 47 causes où un jugement a été prononcé.

---

(9) R.K. Gorecki et W.J. Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy, 1888-1983*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1984, appendice B, tableau 4B, p. 213.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A. Le Bureau de la politique de concurrence et les fusions verticales

Les dispositions de la nouvelle *Loi sur la concurrence* relatives aux fusions reflètent mieux les préoccupations qu'avaient eu à l'origine le Parlement au sujet des coalitions. En soi, les fusions ne sont ni bonnes ni mauvaises. Les jugements sont prononcés en vertu de la compétence civile du Tribunal de la concurrence, lequel examine leurs répercussions probables sur la concurrence. Les solutions qui s'offrent au Tribunal pour traiter d'une fusion susceptible d'avoir des conséquences néfastes sont nombreuses; elles comprennent la cession d'éléments d'actifs ou d'actions, la modification de la fusion proposée ou encore l'interdiction pure et simple de la fusion.

En mars 1991, le Directeur a publié des lignes directrices relatives à l'application des dispositions de la Loi visant les fusions au Canada. Pour ce qui est des fusions verticales, les lignes directrices précisent que des préoccupations en matière de concurrence surgiront dans deux circonstances : a) lorsqu'une fusion verticale aurait pour effet de supprimer une source indépendante d'approvisionnement en amont ou un point de distribution en aval ne laissant qu'une faible capacité non intégrée à l'un ou l'autre niveau où opère l'entreprise acquérante ou acquise, et b) lorsque l'interdépendance en amont est facilitée par l'intégration en aval au niveau du détail.

Dans le premier cas, le Directeur est préoccupé par la possibilité qu'une fusion puisse accroître les barrières à l'entrée. De façon générale, cela se produit lorsqu'un faible pourcentage de capacité non intégrée à un niveau force un concurrent éventuel à l'un des niveaux d'entrer également à un autre niveau. Lorsque cette entrée simultanée entraînerait des coûts non récupérables plus élevés que l'entrée sur un seul marché, il peut y avoir obstacle à l'entrée. D'un point de vue opérationnel, pour que le Directeur consente à ce qu'une fusion se réalise, il doit être convaincu que a) le besoin connexe d'entrer simultanément sur le marché secondaire n'aurait pas pour effet de rendre improbable l'entrée sur le marché primaire à une échelle suffisante pour supprimer une hausse de prix significative dans un délai de deux ans et que b) l'exercice d'un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pouvoir de marché ne sera vraisemblablement pas favorisé par la fusion en l'absence d'une telle entrée.

Dans le second cas, le Directeur est préoccupé par une fusion qui entraîne, ou accroît, un degré déjà élevé d'intégration verticale entre un marché en amont et un marché au détail en aval dans la mesure où les entreprises opérant sur le marché en amont pourraient plus facilement surveiller les prix de leurs rivaux à ce niveau et, ainsi, agir de façon plus interdépendante. D'un point de vue opérationnel, le Directeur doit considérer que la fusion n'a pas d'effet préjudiciable sur la concurrence à moins que a) les prix auxquels les transactions se déroulent réellement au niveau du détail soient plus visibles que les prix auxquels se déroulent réellement les transactions en amont; que b) les conditions qui prévalent sur le marché en amont soient par ailleurs favorables à l'exercice interdépendant d'un pouvoir de marché; et que c) le pourcentage de production en amont qui est vendu par l'intermédiaire d'entreprises non intégrées soit si faible que les ventes faites aux entreprises après la fusion à des conditions dissimulables n'auront vraisemblablement pas pour effet d'empêcher l'imposition et le maintien d'une hausse de prix significative pour une période de deux ans.

Lorsque l'une de ces situations prévaut, la portée de l'enquête sera élargie pour tenir compte facteurs tels que les parts de marché ou la concentration, la présence d'une concurrence de l'étranger, la probabilité d'une faillite de l'entreprise, la présence de produits de substitution, les barrières à l'entrée, la concurrence effective restante et, ce qui est probablement le plus important, les gains d'efficience.

Le tableau 1 fait voir l'augmentation marquée du niveau d'activité et d'efficacité de la *Loi sur la concurrence* par rapport à la loi qui l'a précédée. Si l'on prend par exemple l'année 1989, le Bureau de la politique de concurrence a mené des enquêtes dans environ 18 p. 100 des cas de fusions déclarées, et dans 90 p. 100 des cas où l'examen est terminé, le Bureau a jugé que la fusion proposée ne représentait pas une menace à la concurrence en vertu de la Loi. Le Bureau de la politique de concurrence a exigé la restructuration de quatre fusions, en a renvoyé

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLEAU 1

ACTIVITÉ RELATIVE AUX FUSIONS DANS LE CADRE DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*
SOMMAIRE STATISTIQUE

	1986-87[1]	1987-88	1988-89	1989-90	1990-91[2]
Fusions déclarées[3]	938	1 082	1 053	1 091	s.o.
Examens entrepris[4]	40	146	191	219	144
Examens conclus:					
- Ne soulèvent aucune question en vertu de la Loi	17	120	166	204	134
- Surveillance seulement	5	7	10	13	10
- Restructuration préalable à la clôture	-	2	1	-	-
- Restructuration postérieure à la clôture	1	2	3	1	-
- Ordonnance sur consentement	-	-	-	3	-
- Les parties ont abandonné le projet	3	2	2	2	2
- Examens conclus	26	133	182	223	146
- Examens en cours	14	25	32	31	40
Demandes soumises au Tribunal					
- Conclues[5]	1	-	2	3	-
- En cours	-	2	2	1	2
- Projet de dépôt d'une requête	-	-	2	-	-

[1] Période débutant le 19 juin 1986.

[2] Période se terminant le 20 décembre 1990.

[3] Comptes rendus d'acquisitions parus dans la presse financière et les quotidiens ainsi que dans les publications spécialisées au cours de l'année civile.

[4] Examen de plus de deux jours.

[5] Compris dans les examens conclus.

Source: *Canadian Competition Policy Record*, vol. 11, n° 4, décembre 1990, p. 10.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

quatre autres au Tribunal et continue d'en étudier dix. Deux autres fusions ont été abandonnées par leurs promoteurs en raison de la position prise par le Directeur. Depuis que la Loi est entrée en vigueur, le Directeur a bloqué sept fusions et en a restructuré huit autres. Jusqu'à maintenant, le Directeur a exercé une influence dans 3 p. 100 des 710 fusions où il y a eu enquête et où une décision a été rendue, et il continue d'exercer une influence sur un autre 6 p. 100 de ces cas par le biais de son pouvoir de surveillance des événements postérieurs à la fusion.

Une étude des fusions qu'examinent présentement le Bureau de la politique de concurrence ou de celles qui ont été soit restructurées, soit abandonnées indique clairement qu'il s'agissait dans tous les cas de fusions horizontales, de sorte que le Directeur ne semblerait pas avoir eu d'influence directe sur des fusions verticales.

Les rapports annuels publiés par le Directeur depuis 1986 ne font mention que d'une seule fusion verticale. Il s'agit de l'acquisition de Gormley Aggregates Limited (GAL) par la Lake Ontario Cement Limited (LOCL). La LOCL exploite une usine de ciment à Picton (Ontario), ainsi que diverses installations de matériaux de construction connexes au ciment préparé dans les principaux centres urbains de l'Ontario. Elle exploite également une importante usine d'agrégats de construction à Wingham (Ontario) et détient une participation minoritaire dans la société United Aggregates Limited, située près de Brampton, dans cette province. L'entreprise cible, le GAL, exploite un certain nombre de carrières de pierre et de sablières et gravelières situées au nord-est de Toronto.

Le Directeur a conclu qu'il n'y avait aucune preuve indiquant que la LOCL était susceptible de priver d'agrégats les producteurs indépendants de ciment. Le Directeur a estimé en outre qu'un nouveau venu sur le marché du ciment en Ontario n'aurait pas à envisager une intégration de la production d'agrégats de façon à concurrencer les producteurs de ciment en place. ...Par conséquent, le Directeur a permis à la fusion de se dérouler tel que prévu.

Parce que les fusions déclarées n'indiquent pas si la fusion a un caractère horizontal ou vertical, la vigilance du Directeur à préserver et à renforcer la concurrence dans le cas des fusions verticales

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ne peut être établie. Mais on peut penser que la nouvelle loi constitue un meilleur instrument de réglementation du commerce, particulièrement en ce qui a trait aux fusions. Les pouvoirs accordés au Directeur et la jurisprudence subséquente indiquent que la *Loi sur la concurrence* a permis de corriger les lacunes observées dans la loi précédente et que, par conséquent, le Directeur exerce une influence indirecte sur le comportement en matière de fusions verticales.

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* de 1910 a donné aux milieux d'affaires la possibilité de contourner les dispositions traitant des conventions de restriction verticale. En raison des changements apportés dans la *Loi sur la concurrence*, les cas de restrictions contractuelles verticales seront vraisemblablement plus nombreux, la majorité de la hausse étant attribuable à des cas fondés sur des motifs anti-concurrentiels. La seule question qui se pose encore est la suivante: Le Bureau de la politique de concurrence dispose-t-il des ressources nécessaires et a-t-il mis en place des mécanismes d'application efficaces pour être en mesure d'assumer cette charge de travail accrue?

B. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *The NutraSweet Company* (1991)

Le Directeur a déposé un avis de demande en vertu des articles 79 (abus de position dominante) et 77 (exclusivité et ventes liées) de la *Loi sur la concurrence* afin d'interdire à la société NutraSweet (NutraSweet) de recourir à certaines pratiques commerciales prétendument contraires aux dispositions de la Loi susmentionnées. La pratique commerciale examinée ici est l'exclusivité.

NutraSweet est un important producteur d'aspartame, un édulcorant à haute teneur, commercialisé sous la marque NutraSweet. La société exploite deux usines aux États-Unis, d'une capacité combinée de 5 400 tonnes, et s'approvisionne aussi auprès de deux autres fabricants pour combler l'écart entre sa capacité de production actuelle et les ventes jusqu'à l'entrée en production de sa troisième usine en 1992. Les brevets de NutraSweet au Canada et au Royaume-Uni ont expiré en 1987, mais aux États-Unis et en Australie, ils n'expireront que vers la fin de 1992.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La production d'aspartame comprend plusieurs étapes. Chaque étape (ou quelques étapes combinées, selon la technologie employée) est couverte par des brevets détenus par différentes entreprises. Les preuves fournies et confirmées par NutraSweet indiquent qu'il existe des économies d'échelle et des coûts non récupérables importants associés à la production de cette substance. Bien qu'il y en ait eu davantage par le passé, il n'y avait qu'un autre producteur d'aspartame en 1989 qui rivalisait avec la société NutraSweet sur les marchés européens et canadiens. Il s'agit de la société Holland Sweetener Company, qui exploite une usine d'une capacité de 500 tonnes par année aux Pays-Bas.

Les ventes mondiales d'aspartame en 1989 ont été d'environ 7 500 tonnes, les États-Unis représentant 75 p. 100 du marché, l'Europe 15 p. 100, le Canada 5 p. 100 et l'Australie la presque totalité du reste, soit 5 p. 100. NutraSweet, la seule entreprise vendant ce produit aux États-Unis et en Australie, détient des parts de marché de 95 et 80 p. 100, respectivement, au Canada et en Europe. La consommation d'édulcorant est partagée entre les usages industriels et la consommation individuelle. Ce dernier segment englobe les ménages et les restaurants qui, en 1988, représentaient respectivement 3 p. 100 des ventes globales d'édulcorant et 29 p. 100 des ventes d'aspartame en Amérique du Nord. Le deuxième groupe est composé principalement des producteurs de boissons gazeuses et représente 85 p. 100 de la demande industrielle en Amérique du Nord.

D'un point de vue gustatif, l'aspartame est considéré comme étant le substitut le plus rapproché du sucre. Cependant, il perd de sa capacité édulcorante lorsqu'il est chauffé. Par ailleurs, la saccharine est un édulcorant beaucoup moins coûteux, sur une base d'équivalence, mais elle a un arrière-goût amer désagréable et l'on craint qu'elle puisse comporter certains risques pour la santé. En raison de la perte de capacité édulcorante de l'aspartame lors de l'entreposage des boissons gazeuses, les producteurs de boissons dispensées à la fontaine préfèrent mélanger les deux édulcorants dans leurs produits de régime. Cela permet aussi des gains de synergie au niveau de la douceur perçue du produit. Le fait de mélanger plus d'un édulcorant à haute intensité permet en outre aux utilisateurs de réduire leurs coûts.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Aucune preuve directe du risque que pourrait comporter la saccharine pour la santé n'a été présentée au Tribunal. Cependant, des représentants de Coca-Cola Ltd. (Coke) et Pepsi-Cola Ltd. (Pepsi) ont exprimé leur réticence à supprimer le symbole de NutraSweet de leurs produits diététiques. NutraSweet offrait des "rabais de fidélité" aux clients qui affichaient son symbole. Les estimations indiquent que ces rabais promotionnels et autres offerts à la condition d'utiliser exclusivement de l'aspartame NutraSweet ont représenté, à certains moments, 40 p. 100 du prix courant. Des représentants des deux sociétés ont déclaré que des recherches menées par NutraSweet avaient montré que certains consommateurs de produits diététiques estimaient que le symbole indiquait un produit plus sécuritaire.

De fait, l'historique de l'adoption du symbole de NutraSweet permet de faire plus de lumière sur l'insistance manifestée par les producteurs de boissons gazeuses vendues à la fontaine pour continuer à afficher ce symbole. Lorsque l'utilisation de l'aspartame dans les boissons gazeuses a été approuvée aux États-Unis en 1983, Coke a tout d'abord choisi d'utiliser un mélange d'aspartame et de saccharine tandis que Pepsi a préféré utiliser uniquement de l'aspartame et d'afficher le symbole NutraSweet sur ses contenants. Coke a suivi quelques mois plus tard.

Le Tribunal a conclu ce qui suit :

> [...] il existe de très importants obstacles à l'accès de nouveaux fabricants d'aspartame autres que NutraSweet. L'accès à ce marché est difficile parce que les futurs producteurs qui voudraient atteindre des coûts de production comparables à ceux de NutraSweet doivent surmonter les obstacles que posent les ensembles de brevets des producteurs actuels, les économies d'échelle importantes relatives à la demande mondiale actuelle d'aspartame et les coûts irrécupérables qui augmentent les risques de l'accès. [...] NutraSweet a encouragé l'exclusivité auprès de ses acheteurs d'aspartame au moyen d'incitatifs financiers ou de rabais de fidélité et de ses clauses d'exclusivité. Ces encouragements équivalent à une pratique. NutraSweet est un fournisseur important et

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> cette pratique d'exclusivité a réduit et réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence(10).

Bien que le tribunal ait conclu que la structure de production de l'aspartame constituait une barrière à l'entrée, il est possible d'en arriver à une autre conclusion. Étant donné que la société NutraSweet était tenue d'obtenir des permis d'utilisation des brevets avant de commencer la production, il semble n'y avoir que peu d'éléments indiquant qu'une barrière à l'entrée ait ainsi été créée (voir la définition fournie précédemment).

Une autre explication axée sur la forclusion du marché a été proposée précédemment. De toute évidence, il y a deux groupes de consommateurs de boissons gazeuses diététiques. Certains apprécient un cola diète contenant uniquement de l'aspartame plus qu'un cola qui contient un mélange d'édulcorants comprenant de la saccharine; d'autres consommateurs n'ont aucune préférence en la matière. La question de savoir si l'aspartame est plus ou moins sécuritaire que la saccharine n'est pas la plus importante ici. Plutôt, c'est la perception du client au sujet de ces substituts qui a le plus d'importance pour Coke et Pepsi. Le fait que les dirigeants de Coke aient supprimé la saccharine de leur produit et aient affiché le symbole de NutraSweet sur leurs contenants (et non l'inverse) est une preuve à cet égard.

Des économies de gamme existent à l'étape de la production des boissons gazeuses, comme l'indique le goût plus doux perçu dans le cas des boissons gazeuses diététiques dans lesquelles l'aspartame est mélangé à l'édulcorant moins coûteux qu'est la saccharine. Un accord d'exclusivité appliqué par le biais du symbole de la marque de commerce de NutraSweet peut avoir pour effet de hausser le prix limite de l'aspartame NutraSweet de manière à bloquer l'entrée d'éventuels producteurs d'aspartame et de producteurs de saccharine sur le marché. Les économies de gamme potentielles ne sont pas réalisées - une situation que peut soutenir le producteur d'aspartame NutraSweet, mais non les autres producteurs.

---

(10) *Directeur des enquêtes et recherches* c. *The NutraSweet Co.* (1991), 32 C.P.R. (3d) (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *BBM Bureau of Measurement* (1981)

Le Directeur a déposé une requête en vertu de l'article 31.4 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vue d'empêcher la société BBM Bureau of Measurement (BBM) de pratiquer la vente liée de services de mesure de l'auditoire des stations de radio et de télévision. Le Directeur a fait valoir que la stratégie de regroupement pur offerte aux annonceurs et la stratégie de regroupement mixte offerte aux représentants des postes de radio et de télévision, qui comprenaient un rabais important pour l'achat d'un deuxième rapport, constituait deux arrangements de ventes liées qui avaient pour effet de réduire la concurrence de façon substantielle parce qu'elles accroissaient les obstacles à l'entrée pour les nouveaux venus dans le domaine de la mesure des auditoires des stations de radio et de télévision. Le Directeur a aussi fait valoir que ces produits liés nuisaient à l'expansion des ventes du seul concurrent de BBM dans ce domaine au Canada, la société A.C. Nielsen Company of Canada Limited (Nielsen).

Le BBM a été le seul fournisseur régulier de données locales et nationales sur les auditoires radiophoniques dans toutes les provinces canadiennes depuis 1963. Il fournit aussi des données sur les auditoires des stations de télévision dans toutes les provinces. Le BBM est une association à but non lucratif regroupant des membres représentant trois catégories de consommateurs. La coopérative de consommateurs est gérée par un conseil d'administration de 28 membres; ceux-ci ainsi que les dirigeants de l'entreprise, ne sont pas rémunérés. Les membres paient une cotisation annuelle fondée sur leur chiffre d'affaires combiné ou leurs dépenses de publicité à la radio et la télévision au cours de l'année précédente.

Les trois catégories de consommateurs sont les annonceurs, les représentants des stations et les agences de publicité. Un annonceur dont les dépenses de publicité à la radio et à la télévision en 1980 totalisaient entre 5 et 6 millions de dollars versait une cotisation de 6 420 dollars en 1981 pour obtenir les deux rapports. Un représentant de station dans la catégorie des 6 à 8 millions de dollars recevait soit le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

rapport traitant de la radio, soit le rapport traitant de la télévision contre le versement d'une cotisation annuelle de 2 730 dollars; il pouvait obtenir les deux rapports moyennant une cotisation de 3 370 dollars.

Des données indiquent que Nielsen a enregistré des partes croissantes dans ses opérations durant les années 70. BBM a un monopole sur les données portant sur la radio mais partage le marché avec Nielsen pour ce qui est des données portant sur la télévision. Plus précisément, des 113 organismes qui achètent des rapports de mesure des auditoires de télévision, 88 achètent un rapport auprès de BBM seulement, 13 en achètent auprès de Nielsen seulement et 12 achètent les deux. Parmi les dix plus importants organismes qui achètent de BBM, un achète aussi de Nielsen. Des 20 plus importants organismes qui achètent le rapport de BBM, neuf achètent celui de Nielsen. Les produits des deux sociétés étaient quelque peu différents bien que chacun prétende que le sien est supérieur.

La Commission des pratiques restrictives du commerce (le prédécesseur du Tribunal) est arrivé à la conclusion que le BBM recourait à la pratique des ventes liées au sens de l'article 31.4 de la Loi. La Commission a interdit au BBM de pratiquer la vente liée de services de mesure des auditoires de radio et de télévision et de recourir à onze pratiques énumérées de façon spécifique.

Manifestement, la Commission a jugé dès le départ que la prétention selon laquelle le BBM était une coopérative de consommateurs, n'ayant aucun intérêt à exploiter ses propres membres, constituait un "écran de fumée". Parce que ce genre de services a une composante de coûts fixes importante, les politiques de commercialisation visant à attirer un plus grand nombre de membres permettront de réduire le coût moyen et, par conséquent, les frais d'adhésion des membres actuels. Il n'y a rien d'anti-concurrentiel ou d'inéquitable dans le fait d'adopter des stratégies de commercialisation visant à surmonter ces problèmes. La question centrale qui se pose est la suivante: Le fait de lier les rapports de mesure des auditoires de télévision aux rapports de mesure des auditoires de radio, caractérisés par un monopole, influe-t-il de façon préjudiciable sur la concurrence dans l'industrie de la mesure des auditoires de télévision? La réponse est affirmative. Les arrangements de ventes liées

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

offraient la possibilité de réduire le duopole à un monopole. Les consommateurs qui préféraient acheter les rapports différents offerts par Nielsen sur les cotes d'écoute des postes de télévision étaient touchés de façon préjudiciable.

Plus précisément, le BBM avait établi deux catégories différentes de politique de ventes liées, un regroupement pur et un regroupement mixte, qui étaient axées sur des groupes de consommateurs différents. En outre, le prix demandé pour ces différents services était gradué en fonction de la capacité de payer des annonceurs. D'un point de vue de bien-être, ni l'une ni l'autre de ces politiques n'est condamnable. Elles constituent tout simplement une forme subtile de discrimination par les prix qui, dans la plupart des circonstances, est susceptible de favoriser, plutôt que de restreindre, la concurrence.

Mais dans le cas présent, les preuves indiquent que la demande des consommateurs pour l'un des services de rapports sur les cotes d'écoute de la radio ou de la télévision a une corrélation positive avec la demande pour l'autre. Par conséquent, il est probable que les ventes liées de BBM auraient empêché Nielsen d'acquérir une part suffisamment grande du marché pour réaliser un bénéfice. La politique de ventes liées aurait effectivement permis d'attirer la plupart des clients disposés à payer un prix plus élevé pour les services de mesure des auditoires de télévision, ne laissant qu'un petit nombre de consommateurs potentiels disposés à payer seulement les prix moins élevés demandés pour les services de Nielsen. Éventuellement, cette situation risquait de mener Nielsen à la ruine, et le marché serait éventuellement devenu un monopole. Les consommateurs qui auraient préféré recevoir les services de rapports de Nielsen auraient été forcés de recourir aux services de BBM.

D. *Le Directeur des enquêtes et recherches* c. *Xerox Canada Inc.* (1990)

Le Directeur a déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance exigeant que la société Xerox Canada Inc. (Xerox) accepte comme client la société Exdos Corporation (Exdos) pour la fourniture de pièces de copieurs Xerox en vertu de l'article 75 (refus de vendre) de la *Loi sur la concurrence*. Cette requête a été déposée en réponse à une politique

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

inaugurée en août 1988 par Xerox, mais qui avait été instituée par la société Xerox Corp. (des États-Unis), dans le but de restreindre la fourniture de pièces aux organismes de services indépendants (OSI) opérant sur le marché des copieurs Xerox usagés.

En 1983, Exdos a conclu un contrat d'une année avec la société Xerox, prolongé indéfiniment, pour faire l'acquisition exclusive de certains photocopieurs Xerox (tous les modèles précédant ceux de la série 10) ainsi que des pièces de photocopieur à des prix courants spécifiés. Auparavant, la politique de Xerox avait été soit de jeter aux rebuts ces machines soit de les remettre "à neuf" pour la revente.

Presque dès le départ, Exdos a commencé à acheter des copieurs usagés auprès d'autres sources (principalement auprès des sociétés financières). A cette époque, d'autres OSI sont aussi entrés sur le marché. Xerox a clairement reconnu que cette source incontrôlable de copieurs Xerox usagés nuisait à ses ventes de nouveaux modèles tout en sachant qu'elle ne pouvait rien y faire.

Pour distinguer davantage le marché des nouveaux photocopieurs de celui des photocopieurs usagés, Xerox a adopté trois accords d'entretien et de service avec les clients qui achetaient ses produits ou les louaient à bail: 1) un accord d'entretien offrant un service complet contre le versement d'un montant forfaitaire annuel et d'un montant par copie produite par la machine; 2) un accord de service portant sur le temps et le matériel, et 3) un accord portant sur les pièces, dans le cadre duquel un employé du client était formé par Xerox pour assurer le service de ses machines. Quatre-vingt-quinze pour cent des clients ont choisi la première option. Les preuves présentées au Tribunal de la concurrence ont montré que les prix des pièces de Xerox s'établissaient à entre 198 et 951 p. 100, avec une médiane de 389 p. 100, du prix des pièces de deux copieurs équivalents. En dépit de cela, Xerox dominait le segment des copieurs à volume élevé en 1989, détenant 90 p. 100 de ce marché; la société détenait 50 et 33 p. 100, respectivement, des parts des marchés des modèles de copieurs à volume moyen et à faible volume, mais elle n'était pas présente sur le marché des copieurs personnels.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

En 1988, les modèles de série 10 de Xerox et ses nouveaux modèles 9000 étaient mis à la disposition des OSI sur le marché des copieurs usagés. Les contrats de service des OSI canadiens étaient offerts à des prix manifestement inférieurs aux ententes de service de Xerox, tant au Canada qu'aux États-Unis. En 1988, la société Xerox a adopté une politique en vertu de laquelle elle ne fournirait des pièces qu'aux utilisateurs ultimes de ses modèles de série 10 et de ses modèles 9000, tout en continuant à approvisionner en pièces les OSI pour les modèles antérieurs à 1983. Cette politique a été appliquée sans que soit tenu compte du fait que l'utilisateur ultime ou l'OSI était propriétaire du photocopieur.

Lorsqu'il a examiné la demande, le Tribunal n'a eu aucune difficulté à déterminer que les pièces en question étaient disponibles, et que la société Exdos était disposée à respecter les conditions habituelles du marché, qu'elle était incapable d'obtenir la quantité de pièces désirée et que son volume d'activité en subissait un préjudice important. La dernière question relative à la concurrence en vertu de l'article 75 était celle de la définition du marché. Le marché pertinent devait-il être défini de façon étroite pour ne comprendre que les pièces des copieurs Xerox, faisant ainsi de Xerox un monopoleur, ou devait-il être défini largement pour comprendre les produits et services des concurrents de Xerox dans un marché verticalement intégré des copieurs, des pièces et des services.

Le Tribunal a retenu la première définition. Par la suite, le Tribunal a ordonné à Xerox d'accepter de traiter Exdos comme un client pour tout, sauf les copieurs de la toute nouvelle série 50 et tout nouveau modèle non encore lancé sur le marché.

On peut s'interroger sur la validité de ce jugement. Cette cause traduit une situation où une entreprise recourt à un arrangement de ventes liées comme forme subtile de discrimination par les prix ayant pour effet de renforcer la concurrence. Xerox fixait les prix de ses photocopieurs selon leur coût économique et demandait des prix monopolistiques pour les pièces et le service, comme l'indiquent les preuves soumises. Par conséquent, la société Xerox tirait des taux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

différenciés de bénéfice de ses ventes totales à différents consommateurs et, dans une certaine mesure, selon le nombre de photocopies produites.

Le marché du produit qui est pertinent pour les fins de l'article 75 doit être déterminé en fonction du marché dans lequel Xerox rivalise, comme il a été clairement affirmé par le spécialiste en économie de Xerox:

> [...] la concurrence pertinente ne s'exerce pas à l'égard des produits s'appliquant à l'équipement du constructeur Xerox, mais plutôt entre les fournisseurs de services de photocopie, lesquels sont nombreux. [...] Prétendre que le marché est celui des pièces de Xerox revient à ne pas tenir compte de la façon dont le consommateur prend ses décisions. Les utilisateurs ultimes (ceux qui ont besoin de services de photocopies) ne sont pas indifférents au prix des pièces Xerox étant donné qu'en fin de compte ce prix, qu'il soit explicite ou implicite, est une composante du coût de chaque photocopie. La concurrence qui s'exerce entre fournisseurs de services de photocopies sur le coût de chaque copie entraîne une certaine discipline sur le marché des pièces(11).

En choisissant de ne fournir des pièces qu'aux utilisateurs ultimes et en court-circuitant les OSI, Xerox se trouvait à faire l'intégration verticale de ses pièces en se servant de ses propres techniciens, par le truchement de contrats. Les avantages d'une structure verticale intégrée pour Xerox prenaient la forme de recettes supplémentaires permettant de défrayer la recherche et le développement. De cette façon, un système de distribution efficace est conforme à l'efficience de la production et au principe de l'efficience dynamique. L'élimination de la concurrence et du choix sur le marché des services de photocopieurs a réussi à améliorer la concurrence et le choix sur le marché du matériel des photocopieurs. A long terme, les consommateurs bénéficient de coûts unitaires de photocopie moins élevés et d'un choix plus vaste de photocopieurs de haute qualité.

---

(11) *Directeur des enquêtes et recherches* c. *Xerox Canada Inc.*, (1991) 33 C.P.R. 3(d) 83 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

E. *Regina* c. *Epson (Canada) Ltd.* (1987)

La prévenue a été mise en accusation, a plaidé coupable et a été reconnue coupable sous dix motifs de violation de l'article 38.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* pour avoir menacé de refuser d'approvisionner des distributeurs qui ne maintenaient pas le prix de détail suggéré sur les produits annoncés, en particulier l'ordinateur QX-10 et son imprimante matricielle.

L'imprimante d'ordinateur de la société était l'un des modèles dominants dans l'industrie. C'était l'une des premières imprimantes ayant un degré élevé de fiabilité à être offerte sur le marché et elle représentait la presque totalité des ventes de la société Epson qui, en 1984 et en 1985, ont atteint respectivement 26 millions et 40 millions de dollars. Selon les estimations, l'imprimante représente le tiers des ventes de l'industrie au Canada. Les fabricants concurrents étaient peu nombreux et les ventes du deuxième plus important fournisseur ne représentaient que la moitié de celles d'Epson.

La société a décidé d'introduire l'ordinateur QX-10 auprès de ses détaillants, mais elle voulait s'assurer que ces derniers donneraient au public une assistance et des conseils adéquats avant la vente parce que le produit était à la fois nouveau et complexe. Epson a exigé que les détaillants signent une convention officielle de concessionnaire renfermant la phrase suivante: "Le concessionnaire convient de ne pas annoncer la vente du QX-10 à un prix inférieur au prix de détail suggéré par le fournisseur"(12). Quarante concessionnaires ont signé cette convention, qui a été en vigueur pour une période de six à sept mois. Une convention semblable a été en vigueur pour une période de quatre mois entre Epson et les 222 distributeurs de son imprimante. Enfin, Epson a constaté que certains de ses distributeurs annonçaient des prix inférieurs au prix de détail suggéré. Epson a menacé d'annuler la concession autorisée ou de refuser de fournir du matériel durant les périodes de forte demande.

---

(12) *Regina* c. *Epson (Canada) Ltd.*, (1987), 19 C.P.R. (3d) 195, p. 196, (Cour de district de l'Ontario) (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Manifestement, le Tribunal n'a pas reconnu comme défense légitime l'argument relatif aux renseignements fournis au point de vente pour le MPR. Comme le résumé ci-après l'indique, le Tribunal a continué de s'en remettre à une théorie simple des prix pour expliquer ce qui était concurrentiel et ce qui ne l'était pas.

> La société dominait le marché des imprimantes et les détaillants se bousculaient pour avoir l'autorisation de vendre son produit. Exploiter cette situation en forçant les concessionnaires à accepter de ne pas faire de publicité concurrentielle est manifestement contraire à l'intérêt public(13).

F. *Regina* c. *Shell Canada Products Ltd.* (1989)

La prévenue a été accusée d'exercer une influence à la hausse sur le prix de l'essence à un poste d'essence/lave-auto en contravention de la disposition relative au MPR de la *Loi sur la concurrence*. Le Jet Car Wash (JCW) a été acquis par Regatta Investments Limited en 1985 et a obtenu ses produits en consignation de Shell Canada Products Ltd. (Shell). A cette époque, JCW louait ses installations à Shell et le prix de l'essence offerte à la pompe était fixé sous l'autorité de Shell.

En avril 1986, Shell a modifié son système d'établissement des prix en remplaçant la formule de la consignation par une formule fondée sur le prix de gros occasionnel. En raison de cette modification, JCW était tenu de verser, lors de la livraison, 30 000 $ pour le remplissage de ses réservoirs d'essence. Shell a offert à JCW le financement requis et, par la suite, celui-ci a été libre de fixer le prix de détail de l'essence. Shell a aussi déclaré en plusieurs occasions qu'elle garantirait une marge de détail convenable, proportionnelle au prix de détail final, à tous ses détaillants dans l'éventualité d'une guerre de prix. Shell a insisté sur le fait que ses détaillants ne devraient pas déclencher et ne déclencheraient pas une guerre de prix.

---

(13) *Ibid.*, p. 199 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

JCW était une station offrant la gamme complète des services située à quelque distance de Portage Avenue, à Winnipeg (Manitoba). Shell avait érigé une enseigne annonçant les prix de l'essence de JCW aux automobilistes empruntant Portage Avenue mais, en raison de son emplacement peu commode, JCW ne réussissait pas à attirer beaucoup de ces clients. JCW comptait principalement sur la clientèle du lave-auto pour vendre de l'essence à la station. Cette dépendance exposait toutefois le poste d'essence à une demande réduite les jours de pluie. Conséquemment, avec le nouveau pouvoir dont ils disposaient pour fixer les prix de l'essence, les administrateurs de JCW décidèrent de réduire les prix les jours de pluie.

Environ une heure après avoir réduit son prix pour la première fois, JCW recevait un appel d'un représentant de Shell qui lui demandait quel était son prix de détail; ce représentant a téléphoné une deuxième fois plus tard la même journée pour dire au gérant de JCW que Shell considérait que la réduction de prix engendrerait vraisemblablement une guerre de prix qui pourrait mettre en cause jusqu'à 30 détaillants de la région immédiate. Le représentant de Shell a donné instruction à JCW de relever son prix avant 17 h le jour même. Sans avoir obtenu la permission du propriétaire, le gérant de JCW a relevé le prix annoncé de 43,4 cents le litre à 45,4 cents, soit le même prix que celui que demandait la station concurrente offrant une gamme complète de services, située de l'autre côté de la rue. Le lundi suivant, JCW s'est fait dire de relever son prix à 45,8 cents. Le gérant s'est conformé à cette requête et le propriétaire a par la suite déposé une plainte au Bureau de la politique de concurrence.

Les documents de la société Shell présentés par la Couronne ont aussi confirmé que le système des prix de gros occasionnels constituait une politique de la société qui permettait à Shell, en partie, d'établir un MPR dans l'éventualité d'une guerre de prix, tel qu'il ressort de ce qui suit:

> [...] pour administrer le système actuel de soutien des prix des produits automobiles, nous avons jugé nécessaire de nous en remettre à l'évaluation que font les détaillants du prix concurrentiel. Par ailleurs, les détaillants ont une marge unitaire relativement fixe et ont intérêt à abaisser le prix à la pompe. Ce conflit d'intérêts manifeste a certainement donné lieu

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> à l'occasion à des guerres de prix déclenchées par les détaillants, dont la seule victime est le fournisseur - Shell(14).

Le tribunal a conclu que la conduite du représentant de Shell constituait de l'intimidation qui, dans l'esprit du gérant de JCW, pouvait être suivie d'une révocation de son bail. Il a été prouvé que cela constituait en outre une tentative visant à influencer à la hausse le prix de détail de l'essence.

En cherchant à déterminer si un MPR a favorisé ou entravé la concurrence dans ce cas, il faut d'abord voir comment les intérêts de JCW entraient en conflit avec ceux des détaillants concurrents et ceux de Shell. Dans la plupart des circonstances, les détaillants ne profitent que pour une courte durée d'une guerre de prix. À long terme, tout le monde y perd. Ce fait, plus que tout autre, empêche les détaillants de déclencher une guerre de prix. Dans ces conditions, les intérêts de JCW, des détaillants concurrents et de Shell coïncident.

Dans certains cas, cependant, cette similitude d'intérêts peut ne pas exister. Par exemple, des détaillants qui font face à des conditions de la demande différentes peuvent profiter du déclenchement d'une guerre de prix; JCW constituait un tel cas. En raison de la complémentarité du lave-auto et des ventes d'essence, il était optimal pour JCW de demander deux prix pour son essence, selon les conditions météorologiques. Peu importe que les concurrents de JCW aient offert ces mêmes réductions de prix les jours de pluie, JCW aurait gagné une plus grande part du marché. En abaissant ses prix les jours de pluie, JCW incitait les automobilistes de Portage Avenue à déplacer les périodes auxquelles ils préféraient faire le plein des jours de beau temps aux jours de pluie. Par conséquent, JCW était en mesure de réaliser des ventes et des bénéfices plus élevés au cours de l'année en raison des "guerres de prix déclenchées les jours de pluie", tandis que ses concurrents y perdaient.

---

(14) *Regina* v. *Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 501, p. 508 (Cour du Banc de la Reine du Manitoba) (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Ce qui ne ressort pas clairement de cette affaire, c'est la durée qu'aurait eu cette guerre de prix si Shell n'y avait pas mis fin dès le début. S'il s'était écoulé un temps considérable avant que les prix ne se réalignent sur leurs niveaux antérieurs des jours de pluie, il aurait pu sembler que les consommateurs auraient profité de cette guerre des prix. Cependant, une marge de détail plus faible pour toutes les stations offrant une gamme complète de services entraînées dans une guerre de prix aurait en fin de compte forcé ces dernières à réduire le niveau des services offerts ou en aurait obligé certaines à installer des pompes libre-service ou encore à tout simplement quitter le marché. Dans cette éventualité, certains consommateurs auraient été désavantagés.

Pour défendre ses bénéfices, Shell pouvait choisir entre trois genres de structures verticales. Elle pouvait procéder à une fusion avec JCW, elle pouvait revenir à la formule de la vente par consignation à JCW ou encore elle pouvait instituer une stratégie de commercialisation fondée sur un MPR. L'une ou l'autre de ces trois stratégies pouvait mettre fin à ces "guerres de prix des jours de pluie". Du point de vue de la société, la stratégie qui comporte les coûts de transaction les moins élevés représente le choix optimal et, à cet égard, les intérêts de la société et ceux de Shell sont les mêmes. Par conséquent, le choix de Shell d'invoquer une stratégie de MPR est favorable à la concurrence. Encore une fois, la restriction de la concurrence intra-marque favorise la concurrence entre les marques.

CONCLUSION

L'évolution de la politique de concurrence fournit des données intéressantes sur le contenu économique de la loi et les postulats auxquels font appel les juristes. Un message qui ressort clairement d'un tel examen est que la politique de concurrence n'est pas statique, et qu'elle s'adapte plutôt aux circonstances. Cependant, il n'est pas étonnant que le rythme de cette adaptation soit lent. La politique de concurrence contemporaine se caractérise par une compréhension juste de la théorie des prix et des questions d'organisation industrielle relatives aux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

barrières à l'entrée, aux coûts non récupérables et aux comportements abusifs ou qui relèvent du complot; cependant, elle accuse un retard sur la théorie économique, plus particulièrement en ce qui a trait aux rapports organisationnels verticaux des entreprises et des marchés.

Les changements apportés à la politique de concurrence en 1986 ont constitué une importante étape vers la réduction de l'écart entre les théories économiques relatives aux fusions et l'application pratique des dispositions de la loi dans ce domaine. Malheureusement, les législateurs n'ont pas saisi l'occasion de modifier les dispositions non criminelles révisables de la Loi en ce qui a trait aux restrictions contractuelles verticales. Cela résultera vraisemblablement en une prolifération de cas de restrictions contractuelles verticales au fur et à mesure que les milieux d'affaires modifieront leurs stratégies et délaisseront la propriété pour privilégier les contrats au comptant et à long terme. Une victime de ce réalignement est l'ensemble des mesures de restriction verticale qui sont favorables à la concurrence. Celles-ci seront probablement confondues avec les cas de motifs anti-concurrentiels par le Directeur et le Tribunal et classées comme préjudiciables à la concurrence parce que la loi ne comprend pas de critères permettant de faire la distinction entre ces deux catégories.

Le présent document offre une explication nouvelle de l'utilisation anti-concurrentielle d'un contrat exclusif. A cet égard, la définition de barrière à l'entrée couramment utilisée par le Tribunal serait utile. Nous suggérons également une explication concurrentielle de l'utilisation des arrangements de ventes liées. Le conflit entre les interprétations réside dans une définition appropriée de l'expression "marché pertinent". Dans ses délibérations, le Tribunal devrait reconnaître pleinement les conditions dans lesquelles les consommateurs exercent leurs choix à l'égard des produits et services et il devrait aussi s'efforcer de vérifier comment et dans quelles circonstances la concurrence contribuera à discipliner le marché. Les statistiques sur la concentration industrielle n'indiquant rien au sujet des motifs et peuvent donc être trompeuses.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Enfin, comme nous l'avons montré dans le présent document, les législateurs pourraient envisager une modification du statut juridique du MPR. La norme juridique appropriée semblerait être une règle de caractère raisonnable, bien qu'une étude plus approfondie allant au delà des deux cas de MPR discutés ici s'impose afin de vérifier la fréquence des cas fondés sur des motifs concurrentiels. Dans les deux causes étudiées, on a invoqué des mesures pour s'assurer que le consommateur reçoit de meilleurs services, dans l'un des cas en matière de renseignements et, dans l'autre, en matière de services complémentaires. Il serait approprié que les règles devant guider les décisions prises par le tribunal puissent permettre le MPR lorsqu'un produit est nouveau ou comporte de nouvelles caractéristiques, ou encore lorsque d'importants services complémentaires permettraient d'améliorer la qualité du produit offert sous une marque de commerce. Les consommateurs qui souhaitent se prévaloir de ces services au point de vente seraient vraisemblablement plus nombreux que ceux qui ne le souhaitent pas et la concurrence de même que le bien-être économique en seraient ainsi accrus.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Barney, J. B. et W.G. Ouchi. *Organizational Economics*. Californie, Jossey-Bass Publishers, 1986.

Blair, R. D. et D.L. Kaserman. *Law and Economics of Vertical Integration and Control*. New York, Academic Press, 1983.

Burstein, M. "The Economics of Tie-In Sales". *Review of Economics and Statistics*, vol. 42, 1960, p. 63-73.

Comanor, W. S. et J.B. Kirkwood. "Resale Price Maintenance and Antitrust Policy". *Contemporary Policy Issues*, vol. III, n° 3, 1985, p. 9-16.

Directeur des enquêtes et recherches. *Loi sur la concurrence. Rapport annuel*. Consommation et Corporations Canada, 1987, 1988, 1989 et 1990.

Directeur des enquêtes et recherches. *Loi sur la concurrence: fusionnements, lignes directrices pour l'application de la loi*, mars 1991.

Ekelund, R. B. et R.D. Tollison. *Mercantilism as a Rent-Seeking Society Economic Regulation in Historical Perspective*. College Station (Texas), Texas A&M University Press, 1981.

Fisher, A. A. et R. Sciacca. "An Economic Analysis of Vertical Merger Enforcement Policy". *Research in Law and Economics*. Greenwich (Conn.), JAI Press Inc., vol. 6, 1984, p. 1-133.

Fortenberry, J. A. "A History of the Antitrust Law of Vertical Practices". *Research in Law and Economics*. Greenwich (Conn.), JAI Press Inc., vol. 11, 1988, p. 133-259.

Gorecki, P. K. et W.T. Stanbury. *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983*. Montréal, Institut de recherches politiques, 1984.

Grossman, S.J. et O.D. Hart. "The Cost and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration". *Journal of Political Economy*. vol. 94, n° 4, 1986, p. 691-719.

Grover, W. et R. Kwinter. "The New Competition Act". *La revue du Barreau canadien*. vol. 66, 1987, p. 267-304.

Hale, R. D. "Cookware and Vertical Integration: A Rejoinder". *Journal of Law and Economics*, vol. XII, n° 2, octobre 1969, p. 439-440.

Hunter, L. A. W. (éd.). *Canadian Competition Policy Record*, vol. 11, n° 4, décembre 1990.

Klein, B. et K.M. Murphy. "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms". *Journal of Law and Economics*, vol. XXXI, octobre 1988, p. 265-297.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Marvel, H. P. "Exclusive Dealing". *Journal of Law and Economics*, vol. XXV, avril 1982, p. 1-25.

Mathewson, G. et R. A. Winter. *Competition Policy and Vertical Exchange*. Toronto, University of Toronto Press, 1985.

Mathewson, G., M. Trebilcock et M. Walker. *The Law and Economics of Competition Policy*. Vancouver, The Fraser Institute, 1990.

Monterverde, K. et D.J. Teece. "Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry". *The Bell Journal of Economics*, vol. 13, n° 1, printemps 1982, p. 206-213.

Rock, J.M., "Cookware: A Study in Vertical Integration - A Reexamination". *Journal of Law and Economics*, vol. XII, n° 2, octobre 1969, p. 425-438.

Sass, T.R. et M. Gisser. "Agency Cost, Firm Size, and Exclusive Dealing". *Journal of Law and Economics*, vol. XXXII, octobre 1989, p. 381-400.

Stanbury, W.T. "The New Competition Act and Competition Tribunal Act: "Not With A Bang, But A Whimper". *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 12, 1986-1987, p. 2-42.

Trebilcock, M. J. *The Common Law of Restraint of Trade - A Legal and Economic Analysis*. Toronto, The Carswell Company Limited, 1986.

Trebilcock, M. J. "Restrictive Covenants in the Sale of a Business: An Economic Perspective". *International Review of Law and Economics*, vol. 4, n° 2, décembre 1984, p. 137161.

JURISPRUDENCE

Directeur des enquêtes et recherches c. *BBM Bureau of Measurement*, 60 C.P.R. (2d) 26, (C.P.R.C.).

Directeur des enquêtes et recherches c. *The NutraSweet Co.* (1991), 32 C.P.R. (3d) 1.

Directeur des enquêtes et recherches c. *Xerox Canada Inc.*, (1991), 33 C.P.R. (3d) 83.

Regina c. *Epson (Canada) Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 195 (Cour de district de l'Ontario).

Regina c. *Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 501 (Cour du Banc de la Reine du Manitoba).